Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Paul Stobberg
aus Kessel, Kreis Cleve Niederrhein.

Approbation: 8. Oktober 1937.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1939

Dekan: Professor Dr. jur. August Köhler.
Referent: Geheimer Justizrat Universitäs-Professor
Dr. jur. Dr. phil. Bernhard Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhalts-Uebersicht.

Seite

I. Entwicklung, Arten und rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testaments 1
II. Der Testamentswiderruf 5
1. Geschichte des Widerrufs von Testamenten . . . 5
2. Begriff und Wesen des Testamentswiderrufs . . 6
3. Fähigkeit zum Widerruf 8
4. Widerruf des Widerufs 9
5. Bedingter Widerruf 10
6. Anfechtung des Widerrufs 10
III. Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments . . . 13
1. Allgemeines über korrespektive Verfügungen . . 13
2. Gemeinschaftlicher Widerruf 16
a) Durch Tastament 17
b) Durch Vernichtung oder Veränderung an der Urkunde (§ 2255 Abs. 1 BGB.) 18
c) Durch Zurücknahme aus der amtlichen Verwahrung (§§ 2256, 2272 BGB.) 19
d) Durch Erbvertrag 19
3. Einseitiger Widerruf 19
a) Nicht wechselbezüglicher Verfügungen . . . 19
b) Korrespektiver Verfügungen zu Lebzeiten des anderen Ehegatten 21
c) Wechselbezüglicher Verfügungen nach dem Tode des einen Ehegatten 29
d) In den Fällen der §§ 2271 Abs. 2 Satz 2, 2294, 2336, 2271 Abs. 3 BGB. 40
IV. Selbständiges Anfechtungsrecht des Ueberlebenden . . 45

Schrifttum.

Ahammer: Der Widerruf letztwilliger Verfügungen nach § 2255 und § 2256 BGB. Diss. Erlangen 1908.

Alffers: Das gemeinschaftliche Testament nach gemeinem Recht usw. Diss. Greifswald, 1899.

Baron: Das Erbrecht in dem Entwurf eines Bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich, im Arch. f. d. Ziv. Prax., Bd. 75, S. 177 ff.

Beierlein: Einheits- und Trennungsgedanken beim gemeinschaftlichen Testament des BGB. Diss. Breslau 1932.

Berold: Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Leipzig 1918.

Bluntschli: Deutsches Privatrecht. 3. Aufl., München 1864.

Böhm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Hannover 1900.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 3. Bd., 1. Abt., 2. Aufl., Erlangen 1886.

Brütt: „Inwieweit kann nach dem Bürgerl. Gesetzbuch ein Ehegatte, welcher ein korrespektives Testament errichtet hat, noch einseitige Vermächtnisse und Auflagen anordnen? Im Arch. f. Bg.R. 29, S. 385 ff.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 7./8. Aufl., 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 5. Bd., Tübingen 1912.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst 3 Anlagen, ergänzt durch Hinweise auf Beschlüsse des Reichstags sowie auf die Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches und seiner Nebengesetze, v. H. Jäntsch, Berlin 1899.

Dernburg: Preuß. Privatrecht. Bd. 3, 4./5. Aufl., Halle 1896/97.

— Pandekten, 3. Bd., Berlin 1887.

— Das bürgerliche Recht d. Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 5, Deutsches Erbrecht. 3. Aufl. Halle 1911.

Eccius (Förster): Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., 1887/88.

Eck (Leonhard): Vorträge über das Recht des BGB. 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. III. Bd., Erbrecht 1919/20. 8./9. Aufl., Berlin.

Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Erbrecht, 8. Aufl., Marburg 1930.

Feldmann: Der Testamentswiderruf und seine Anfechtung. Diss. Erlangen, 1932.

Fischer: Im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. VI, S. 54ff. 1892.

Frommhold: Kommentar zum Erbrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 1900.

Glück (Mühlenbruch): Ausführliche Erläuterung der Pandekten Bd. 34, 35.

Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, zwei Abhandlungen aus dem gemeinen Recht, Braunschweig 1860.

Heck: Vorlesungen über bürgerliches Recht, Teil II, Halle 1897.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte nach deutschem Reichsrecht, u. bes. Berücksichtigung des HGB. III. Buch, (Anhang) die Erbverträge zu Gunsten Dritter. Leipzig 1899.

Herrmann: Wechselbezüglichkeit bei Testamenten. Diss. Tübingen 1928.

Heusler: Institutionen des deutschen Priv.Rechts, I, II, 1885.

Jastrow: Formularbuch und Notariatsrecht, II. Teil, Formularbuch, 15. Aufl., 1910.

Kagermann: Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testament nach deutschem Recht. Diss. Erlangen 1913.

Kersjes: Der Widerruf von Testamenten. Diss. Köln 1935.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Berlin 1904.

Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen BGB. 2. Aufl., Leipzig 1913.

Kübler: „Gedächtnisschrift für Emil Seckel", Abhandlungen in Bd. 23 der Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Berlin, Leipzig 1929.

Küntzel: Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des BGB. in Gruch. Beitr. Bd. 41, S. 605ff.

Langguth: Die Bindung des überlebenden Ehegatten in Bezug auf letztwillige Verfügungen bei einem gemeinschaftlichen Testament § 2269. Diss. Erlangen 1933.

Laué: „Verdient die im Entwurf des BGB. vorgeschlagene Abschaffung der wechselseitigen Testamente Zustimmung?" In d. Verhandl. d. 20. Deutschen Jur.Tages S. 3f. Berlin 1889.

Lehmann: Deutsche Rechtsgeschichte und Grundzüge des Deutschen Privatrechts i. d. Enzyklopädie d. Rechtswissenschaften v. Karl von Birkmayer. 2. Aufl., Berlin 1912.

Leonhard: Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen. 5. Buch, Erbrecht, Berlin 1912.

Loewenwald: Die gemeinschaftlichen Testamente im Bürgerlichen

Gesetzbuch mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme. Berlin 1899.

Maerker: Die Nachlaßbehandlung. 1917. 19. Aufl.

Manigk: „Willenserklärung und Willensgeschäft". Ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerl. Gesetzbuch. 1907.

Männer: in LZ. 1925, Nr. 10, S. 509 ff.

Mantey: in Gruchot, Bd. 52, S. 390 „Zwei erbrechtliche Fragen".

Martens: Form und Wirkung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments. Diss. Rostock 1907.

Mattes: Das gemeinschaftliche Testament nach dem BGB. Diss. Gießen 1902.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1914.

Mayer: Das gemeinschaftl. Testament des BGB. Marburg 1908.

Motive: zu dem Entwurf eines BGB. Amtl. Ausgabe 1888.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. 5. Die gesamten Materialien zum Erbrecht. Berlin 1899.

Peiser: Handbuch des Testamentsrechts, 2. Aufl., Berlin 1907.

Penkmayer: Die Entstehung neuer Pflichtteilrechte nach Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. Kann der überlebende Ehegatte nach § 2079 BGB. anfechten? Diss. Heidelberg 1910.

Planck: Kommentar zum BGB. nebst Einführungsgesetz 5. Bd. Erbrecht, 4. Aufl., 1930.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Bd. 5, Berlin 1899.

RGR.-Komm.: Kommentar der Reichsgerichtsräte, herausgegeben von Busch u. a. Bd. 5, Erbrecht 1935.

Schulz: in Gedächtnisschrift für Emil Seckel „Der Irrtum im Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung". Berlin 1927.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, II. Bd., 4. Aufl., Stuttgart 1929.

Staudinger-Herzfelder: Kommentar zum BGB. und zum Einführungsgesetz, 5. Bd., 9. Aufl., 1928 München Berlin.

Stobbe: Handbuch des deutschen Priv.Rechts, V. Bd., 1./2. Aufl., Berlin 1885.

— Geschichte d. deutschen Rechtsquellen, Bd. I.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl., Berlin 1903.

Trummer: Das Hamburgische Erbrecht, ein historisch dogmatisches Lehrbuch, Bd. 1 und 2, Hamburg 1852.

Verhandlungen des 20. Deutschen Jur.Tages Berlin 1899.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., 1930.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Wohlfahrt: Das gemeinschaftliche Testament nach der bürgerlichen Gesetzgebung. Diss. Breslau 1909.

Zetzsche: Vertragsähnliches im korrespektiven Testament. Diss. Jena 1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533908_0018

I. Entwicklung, Arten und rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testaments.

Das gemeinschaftliche Testament kann als ein deutsch-rechtliches Institut in römisch-rechtlicher Form bezeichnet werden. Dem römischen Recht waren letztwillige Verfügungen dieser Art fremd. (Es war individualistisch.) Außerdem waren die Vermögen der Ehegatten rechtlich streng getrennt[1]). Nur dem bevorzugten Stand, dem Soldaten, war die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in Form des Soldatentestaments gestattet[2]). Daraus darf aber nicht auf die allgemeine Zulässigkeit des gemeinsamen Testierens geschlossen werden, denn Soldatentestamente unterstanden nicht den Formen des Zivilrechts. Nur einmal wird ein gemeinschaftliches Testament erwähnt und zwar in einer Verordnung Valentinians III. vom Jahre 446 n. Chr.[3]). Es handelt sich hier um die wechselseitige Erbeneinsetzung eines Ehepaares ohne die für das deutsche gemeinschaftliche Testament typischen gemeinsamen Bestimmungen für den Fall des Todes des Ueberlebenden. In den Justinianischen Codex aber wurde diese Verordnung nicht aufgenommen. Ebensowenig wurde sie später in Deutchland rezipiert.

Im älteren germanischen Recht[4]) waren gemeinschaftliche Testamente, wie Testamente überhaupt, unbekannt.

1) Loewenwald, a.a.O., S. 6.

2) c. 19 cod. de pactis C 2, 3.

3) Haenel: Novellae institutiones imperatorum Theodosii II. etc. Novellae Valent. III. tit. 20c. 1; siehe auch Mühlenbruch in Glücks: Ausführliche Erläuterungen d. Pandekten, Bd. 34, S. 166ff., Bd. 35, S. 53ff.

4) Heusler, Institutionen d. deutschen Priv. Rechts, I, S. 426ff., II S. 118ff., 630ff.

Das germanische Erbrecht war von dem Gedanken beherrscht, daß der Erbe geboren, nicht gekoren werde. Sollte einem nicht als Erben Berufenen etwas zugewendet werden, so geschah dies mit Hilfe der „Vergabung von Todeswegen“ [1]). Durch ein derartiges Geschäft unter Lebenden errang der Bedachte die unentziehbare Stellung eines Erben. In diesem Falle wurde das Eigentum durch Auflassung übertragen, später auch das ganze Vermögen. Solche Vergabungen waren auch wechselseitig üblich; sie führten nach der Rezeption zur Form des gemeinschaftlichen Testaments [2]). Allgemein üblich war das gemeinschaftliche Testieren in Deutschland aber auch jetzt noch nicht. Das in der Formularsammlung des Mönches Markulf (um die Mitte des 7. Jahrhunderts) enthaltene Formular eines gemeinschaftliches Testaments zweier Ehegatten spricht nicht gegen diese Auffassung. Die erwähnte Sammlung ist in mancher Beziehung vom römischen Erbrecht [3]) beeinflußt. Außerdem steht in keiner Weise fest, ob das Formular der Niederschlag einer allgemeinen Rechtsübung gewesen ist oder ob es nur als Anschauungsmaterial gedient hat [4]).

Die gemeinschaftlichen Testamente beruhen auf der deutschen Auffassung von der Ehe, welche in den Vergabungen von Todeswegen und in den Gütergemeinschaften ihren Ausdruck findet. In manchen Rechten war sogar die Errichtung von Einzeltestamenten den Eheleuten verboten [5]). Noch im vorigen Jahrhundert war die Ansicht von der Notwendigkeit gemeinsamer Testierung in manchen Gegenden so lebendig, daß der Ehegatte, der allein testieren wollte, glaubte, einen Grund dafür angeben

---

1) Heusler, II, S. 625.

2) Heusler, a.a.O., I, S. 430.

3) Vgl. Stobbe, Gesch. d. deutschen Rechtsquellen, I S. 251.

4) Den Zweck der Sammlung zeigt die Bezeichnung: „ad exercenda initia puerorum“.

5) Hartmann, Die Lehre v. d. Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten, 1860, § 3 S. 109.

zu müssen [1]). Später bildete sich dann die besondere Form der korrespektiven Testamente heraus. Im Württembergischen [2]) und Bayerischen Landrecht [3]) und im Sächsischen Recht [4]) waren die gemeinschaftlichen Testamente unbeschränkt zugelassen. Verboten sind sie z. B. im Code civil [5]). Einzelne Rechte [6]) gestatteten das gemeinschaftliche Testieren nur unter Eheleuten, so auch das ALR. [7]).

Die zum Teil auf der Rechtsanschauung des Code civil fußende I. Kommission des BGB. wollte das Institut des gemeinschaftlichen Testaments nicht in das BGB. aufnehmen; bestimmend hierbei wirkten auch die Schwierigkeiten, die sich in den Partikularrechten für den Fall ergeben hatten, daß der überlebende Ehegatte anfechten wollte. Erst die II. Kommission entschloß sich unter dem Druck der Kritik [8]), das gemeinschaftliche Testament in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Es wurde in der Kritik vor allem darauf hingewiesen, daß ein Bedürfnis nach einer gemeinschaftlichen Testamentsform vorliege. Entspreche es doch dem Wesen und der idealen Auffassung des Deutschen von der Ehe, daß die Ehegatten nicht nur im Leben, sondern auch für den Fall des Todes die wichtigsten Angelegenheiten zusammen erledigen. Demgemäß bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 2265:

> „Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden."

Eine Begriffsbestimmung dieser Testamentsart gibt

---

1) Laue, in Verhandl. des XX. D. Jur.Tages I, S. 6ff.

2) Landrecht von 1609, III. Teil, Titel VII.

3) cod. Maxim. Teil III Kap. IV § 10.

4) Art. 2196 BGB. für das Königreich Sachsen.

5) Art. 968 und 1097.

6) Vgl. Trierer Landrecht Tit. II § 6; Frankfurter Reformation, Teil IV, Tit. I § 8; Hamburger Stadtrecht von 1497, Hamburger Statuten pars. III Tit. I, Art. 17.

7) ALR. I, 12 §§ 614—616; II, 1 §§ 482—494.

8) Baron, Arch. Ziv. Prax. Bd. 75, S. 240ff. Verhandlungen d. D. Jur.Tages, Bd. IV, S. 325ff., 444ff.

das Gesetz nicht, wie überhaupt das gemeinschaftliche Testament trotz seiner Wichtigkeit nur geringe Gesetzesbeachtung gefunden hat. Dies liegt vor allem daran, daß man das Institut als den Abschluß einer abwegigen Rechtsentwicklung [1]) ansah und die Erblasser auf den Weg des Erbvertrages verweisen wollte. Eine Begriffsbestimmung des gemeinschaftlichen Testaments hielten die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches deshalb nicht für nötig, da sie der Auffassung waren, daß der Begriff in der Literatur feststehe und Meinungsverschiedenheiten nur hinsichtlich einzelner, dazu unwichtiger Punkte, bestünden.

Das gemeinschaftliche Testament erscheint in drei Formen. Praktisch selten ist das rein äußerlich gemeinschaftliche Testament, bei dem zwei völlig selbständige Testamente der Ehegatten ohne innere Verbundenheit in einer Urkunde vereinigt sind (testamentum mere simultaneum). Es liegt aber kein Grund vor, dieser Form den Charakter eines gemeinschaftlichen Testaments abzusprechen, wie es teilweise [2]) geschehen ist. Wichtiger sind die gegenseitigen (testamenta reciproca) und wechselbezüglichen Testamente (testamenta correspectiva). Bei dem gegenseitigen Testament setzen die Ehegatten sich gegenseitig als Erben ein bezw. machen sich Zuwendungen, während bei dem wechselbezüglichen Testament die Verfügungen des einen Ehegatten mit Rücksicht auf die des anderen errichtet werden; die Verfügungen sollen nach dem Willen der Ehegatten im letzten Falle miteinander stehen und fallen. Gewöhnlich wird das gegenseitige Testament auch zugleich ein korrespektives sein.

Darüber, ob das gemeinschaftliche, insbesondere das korrespektive Testament, ein Testament oder Erbvertrag sei, herrscht Streit. Manche Schriftsteller [3]) sehen das gemeinschaftliche Testament als Erbvertrag bezw. als

1) Mot. Bd. V zu Entwurf I, S. 253ff.
2) Mathes, S. 14.
3) Heck, Manuskripte zu seinen Vorlesungen, § 268, 6.

Vertrag an, Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß das gemeinschaftliche Testament eine Vereinigung von zwei Testamenten darstellt, die aber keinesfalls, auch nicht hinsichtlich der korrespektiven Verfügungen, durch ihre Abhängigkeit zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft zusammengeschweißt werden. Ebensowenig ist mit der Vertragseigenschaft die grundsätzliche Widerruflichkeit der einzelnen Verfügungen zu vereinbaren. Es handelt sich bei dem gemeinschaftlichen Testament vielmehr um zwei selbständige einseitige Willensakte der Ehegatten[1]), um zwei Testamente; dafür spricht auch schon der Name (gemeinschaftliches Testament) und die Stellung unter den Abschnitt Testament des Bürgerlichen Gesetzbuches.

II. Der Testamentswiderruf.

1. Geschichte des Widerrufs von Testamenten.

Nach dem älteren römischen Recht[2]) konnte ein Testament nur durch ein Testament widerrufen werden, und zwar wurde das alte Testament dann dem ganzen Umfange nach unwirksam. Es wurde nicht berücksichtigt, inwieweit die Testamente miteinander in Widerspruch standen. Ein Teilwiderruf war demnach unbekannt. Im prätorischen und gemeinen Recht[3]) war als Widerrufsform auch die gewollte Vernichtung bezw. Abänderung der Testamentsurkunde zugelassen. Das justinianische Recht[4]) gestattete den Widerruf von Testamenten, die vor mehr als 10 Jahren errichtet waren, auch vor Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll. Eine Selbstbeschränkung des Erblassers hinsichtlich seines Widerrufsrechtes wurde vom

1) RGZ. Bd. 50/310.

2) § 2 J. h. t. 2, 17 l. 11. l. 16 D de iniusto 28, 3 Dernburg, Pandekten, § 94 S. 179 ff.
§ 94 S. 179 ff.

3) Tit. Dig. de his quae in testamento delentur 28, 4, l 2 § 7, l. 8 3 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11, l. 1 § 8 D. si tabulae test. 38, 6, Dernburg Pandekten, § 94 S. 179 ff.

4) l, 27 C de testamentis 6, 23.

römischen Recht nicht zugelassen. Im gemeinen Recht[1]) trat dann, wenn ein Testament durch Erklärung in Testamentsform widerrufen war, gesetzliche Erbfolge ein; nicht notwendig war es, daß diese Widerrufserklärung ausdrücklich mit der Einsetzung von Erben verbunden war. Auch hier war ein Verzicht auf das Widerrufsrecht durch Testament nicht möglich[2]); die in das Testament aufgenommene Klausel, daß abändernde Verfügungen nur in einer bestimmten Form gültig sein sollten, hatte keine rechtliche Bedeutung[3]). Gleiches galt im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Preußischen Allgemeinen Landrecht[4]). Im übrigen ließ man im allgemeinen für den Widerruf des Testaments nur dieselbe Form wie für seine Errichtung zu[5]). So wurden einfache und übersichtliche Rechtsverhältnisse geschaffen.

Die Rechtsform des Widerrufs des Testaments war derart entwickelt, daß sie vom Gesetzgeber dem Grundgedanken nach unbedenklich in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen werden konnte.

2. Begriff und Wesen des Testamentswiderrufs.

Nach bürgerlichem Recht kann die Aufbebung eines Testaments entweder negativ oder positiv sein.

Negativ ist der Widerruf, positiv die Errichtung eines dem ersten Testament widersprechenden Testaments (§§ 2254 ff BGB.).

Das Gesetz kennt drei Formen des Widerrufs:

a) Das Widerrufstestament (§ 2254 BGB.).
b) Die Vernichtung oder Abänderung der Urkunde (§ 2255 BGB.).
c) Die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung[6]) (§ 2256 BGB.).

1) Dernburg, Pandekten, § 94 Anm. 8.
2) Windscheid, a.a.O., S. 103 § 563.
3) Dernburg, Preuß. Privatrecht, III § 171 Anm. 2, 3.
4) Sächs. BGB, § 2212; ALR. I, 12 § 564.
5) ALR. I, 12 § 587; Sächs. BGB. § 2212.
6) Die beiden letzten Formen waren auch den älteren Rechten geläufig (l. 1 § 10, l. 8 § 3 D. de bon. poss. 37, 11; l. 1 § 8 D. si

Der Testamentswiderruf geht wie der Widerruf im allgemeinen auf Herbeiführung einer Rechtsänderung und wäre demnach zu den Gestaltungsrechten zu zählen. Rechtsgestaltend ist jedoch nicht jeder Widerruf, er muß sich vielmehr auf bereits eingetretene Rechtswirkungen beziehen. Diese Rechtswirkungen dürften hier gegeben sein: das Testament ist durch die Erklärung des Erblassers voll wirksam geworden, der Erbe hat hinsichtlich des Erbteils eine anwartschaftsähnliche Stellung. Deren Beseitigung durch den Widerruf kann wohl als die Ausübung eines Gestaltungsrechts bezeichnet werden. Die Wirkungen eines Gestaltungsrechts werden ausgelöst durch eine Willenserklärung oder ein „Willensgeschäft“[1]). Als solche Willensgeschäfte sind anzusehen der Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde oder durch Vornahme von Veränderungen an ihr und die vom Gesetz anerkannte Wirkung des Widerrufs durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung.

Begrifflich stellt der Widerruf eine letztwillige Verfügung dar[2]), wird aber nach dem Willen des Gesetzes wie ein Geschäft unter Lebenden behandelt. Widerrut ist die Erklärung des Erblassers, sein Testament aufheben zu wollen,

Männer[3]) will den Widerruf nicht als letztwillige Verfügung anerkennen. Er gibt nur dem Widerruf in Testamentsform den Charakter einer letztwilligen Ver-

tabulae test. 38, 6); Dernburg, Pandekten § 94; Stobbe a.a.O., S. 222; Mot. Bd. V, S. 299 ALR. I, 12 § 565; Sächs. BGB. §§ 2215, 2219. Zu der Form des Widerrufs durch Testament ist zu sagen; Während nach römischem Recht durch ein neues Testament das alte hinfällig wurde, sofern nur aus ihm jemand Erbe werden konnte, Dernburg, Pandekten, S. 181 § 94; (l. 1, l. 11, l. 16. D. de iniusto 28, 3 „testamentum rumpitur alio testamento ex quo heres existere poterit“) ruft das Testament nach bürgerlichem Recht nur insoweit diese Wirkung hervor, als es mit dem alten in Widerspruch steht (§ 2258 BGB,). Insofern besteht also ein grundlegender Unterschied,

1) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft.

2) Mot. Bd. V, S. 298; Dernburg, Erbrecht § 95, III.

3) Männer in LZ. 1925 Nr. 10 S. 509ff.

fügung. Im Falle des Widerrufs nach den §§ 2255, 2256 BGB. soll nach ihm die Aufhebung nicht auf dem Willen des Erblassers beruhen, sondern auf die Vernichtung (bezw. Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung) zurückzuführen sein. Wäre dies richtig, dann könnte ein Testament auch durch unbeabsichtigte Zerstörung aufgehoben werden. Dies trifft aber nicht zu. Die Widerrufsarten der §§ 2255, 2256 BGB. sind zur Bequemlichkeit des Erblassers geschaffen worden und sollen rechtlich genau so behandelt werden wie der Widerruf durch Testament. Andere Schriftsteller[1]) behandeln diese Fälle wie ein Testament. Sie ziehen daraus, daß diese beiden Widerrufsarten negativen Inhalts seien, den Schluß, daß eine letztwillige Verfügung nicht vorliegen könne. Aus den Motiven[2]) ergibt sich aber, daß letztwillige Verfügungen auch einen negativen Inhalt haben können. Außerdem hat der negative Widerruf positive Folgen insofern, als nunmehr gesetzliche Erbfolge eintritt oder ein älteres Testament wieder wirksam wird. Im Sinne der hier vertretenen Ansicht, daß der Widerruf als letztwillige Verfügung angesehen werden muß, hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen[3]). Bei der Form der Zurücknahme aus der amtlichen Verwahrung ist allerdings eine letztwillige Verfügung in dem sonst üblichen Sinne nicht gegeben.

3. Fähigkeit zum Widerruf.

Voraussetzung für den Widerruf ist Testierfähigkeit des Widerrufenden. Es sind deshalb, soweit es sich um öffentliche Testamente handelt, auch Minderjährige über 16 Jahren zum Widerruf berechtigt. Nicht testierfähig sind Geschäftsunfähige, Minderjährige unter 16 Jahren und Personen, die wegen Verschwendung, Trunksucht, Geistesschwäche entmündigt worden sind. (§ 2229 Abs. 2 und 3 BGB.). Wohl aber können die aus diesen Grün-

1) Soergel, a.a.O., S. 739 mit 576; Böhm, a.a.O., S. 60.
2) Mot. Bd. V, S. 298.
3) RGZ. 102/70 = Gruch. 65/479.

den Entmündigten ein Testament widerrufen, das vor der Entmündigung errichtet wurde (§ 2253 Abs. 2 BGB.). Ein Testamentswiderruf durch Testament mit positivem Inhalt nach § 2258 BGB. ist allerdings dem Entmündigten nicht möglich. Ein nach der Entmündigung erfolgter Widerruf ist während der Entmündigung nicht widerrufbar, es kann jedoch der Entmündigte durch den Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Widerruftstestamentes ein früheres Testament wieder wirksam machen, womit praktisch die Möglichkeit der Errichtung einer letztwilligen Verfügung mit positivem Inhalt vorliegt. Im Falle der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung kommt es auf die Testierfähigkeit zur Zeit der Rückgabe des Testaments an. Die Fähigkeit zum testieren zur Zeit der Stellung des Antrages wird nicht beachtet, weil der Antrag nur als Vorbereitungshandlung gilt[1]). Wenn ein Geschäftsunfähiger das Testament aus der amtlichen Verwahrung zurück erhält, so ist es als nicht widerrufen anzusehen, vielmehr muß das Testament als abhanden gekommen gelten.

4. Widerruf des Widerrufs.

Der Widerruf eines durch Testament erfolgten Widerrufs kann ebenso wie ein anderes Testament widerrufen werden (§§ 2253, 2257 BGB.). Dies ist eine vom Gesetz zugelassene Ausnahme. Die frühere Verfügung wird dann wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre, es sei denn, daß ein entgegengesetzter Wille aus dem Testament zu entnehmen ist (§ 2257 BGB.). Ein Widerruf eines durch Vernichtung oder Abänderung der Testamentsurkunde vollzogenen Widerrufs ist nicht möglich, Radierungen, Unterpunktion von durchstrichenem Geschriebenem, Zusammenkleben eines zerrissenen Testaments können den Widerruf nicht beseitigen und dem

1) RGR. Komm. Anm. 1 zu § 2256; Staudinger, Anm. III C Bem. zu 2253/57; Planck, Anm. 2 zu § 2256; Leonhard, Anm. 2b zu § 2256; Kretzschmar, § 21, II, 3c.

Testament auch keine Wirksamkeit verleihen. Vom rechtspolitischen Standpunkt aus ist dies zu begrüßen, da im anderen Falle oft Unklarheit und Unsicherheit die Folge wären. Auch das aus amtlicher Verwahrung zurückgenommene öffentliche Testament erlangt durch Zurückbringen in die Verwahrung keine Gültigkeit wieder. Es ist vielmehr in diesem Falle die Errichtung eines neuen Testaments nötig.

Der zweite Widerruf kann in jeder der Formen der §§ 2254/56 BGB. erfolgen. Das durch Testament widerrufene Testament lebt wieder auf, es war also keineswegs nichtig geworden (§ 2257 BGB.).

5. Bedingter Widerruf.

Der Widerruf kann auch unter einer Bedingung erklärt werden. Er ist sogar gültig, wenn die Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers eintritt. In diesem Falle erwirbt der Bedachte der Zuwendung zur gewöhnlichen Zeit, er braucht die Entscheidung über den Eintritt der Bedingung nicht zu erleben. Er kann sie jedoch später verlieren, dadurch, daß die Bedingung nachträglich eintritt. Durch den bedingten Widerruf wird die letztwillige Verfügung zu einer auflösend bedingten. Die Bedingung muß aber so erklärt werden, daß über ihr Vorhandensein keine Zweifel auftauchen. Ein Widerruf durch konkludente Handlungen kann also niemals bedingt erfolgen [1]).

6. Anfechtung eines Widerrufs.

Als letztwillige Verfügung kann der Widerruf auch angefochten werden; und zwar ist sowohl der durch Testament erklärte (§ 2254 BGB.) als auch der nach §§ 2255, 2256 BGB. (Vernichtung oder Abänderung der Urkunde, Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung) vorgenommene Widerruf anfechtbar.

Die Anfechtung vollzieht sich nach den Vorschriften

1) Vgl. Crome, S. 114.

der Anfechtung letztwilliger Verfügungen (§§ 2078 ff. BGB.). Diese Vorschriften beruhen auf denselben Gedankengängen wie die allgemeinen Anfechtungsbestimmungen der §§ 119 ff. BGB., nur ist die Basis der Anfechtung noch vergrößert.

Anfechtungsgrund ist in erster Linie der Irrtum (§ 2078 BGB.). In § 2078 BGB. Abs. 1 wird aber die in § 119 BGB. geforderte „verständige Würdigung des Falles" nicht erwähnt, und es wird nach Abs. 2 der gleichen Bestimmung auch der Irrtum über andere als verkehrswichtige Eigenschaften als Anfechtungsgrund zugelassen. Es muß allerdings ein Kausalzusammenhang zwischen dem Irrtum und der vom Erblasser errichteten Verfügung gegeben sein[1]). Fritz Schulz fordert[2]), daß de lege ferenda der wahre Wille des Erblassers an die Stelle des durch den Motivirrtum getrübten im Text erklärten gesetzt werde. Er geht dabei von Entscheidungen der Kaiser Tiberius, Hadrian und Severus aus[3]) und macht den Glossatoren und Postglossatoren den Vorwurf, sie hätten diese Stellen falsch dahin verstanden, daß sie nur die auf den Irrtum zurückzuführenden Erklärungen aufgehoben hätten, anstatt auch den positiv irrealen Willen zu berücksichtigen, wie es die römischen Klassiker getan hätten. Dem hält Kübler[4]) entgegen, daß es sich um „ganz regelwidrige und außerordentliche" Fälle handle, die außerdem in das Persönliche hineinspielten. Zudem sind die zitierten Erkenntnisse der Interpolation verdächtig, wie Kübler[5]) nachweist. Eine Entwicklung in dem von Schulz gewünschten Sinne würde aber weder historisch begründet sein, noch dürfe man auf diese Weise in den meisten Fällen zu einem billigeren praktischen Ergebnis gelangen.

Ein Anfechtungsgrund ist weiter dann gegeben, wenn

1) RGZ. 59/38.

2) Schulz, a.a.O., S. 70 ff.

3) Schulz, a.a.O., S. 88; D. 28, 5, 41 und 42; S. 93; D. 5, 2, 28; S. 97 D. 28, 5, 93.

4) Kübler, a.a.O., S. 187 ff.

5) Kübler, a.a.O., S. 190 ff.

der Erblasser widerrechtlich durch Drohung zu der letztwilligen Verfügung bestimmt worden ist (§ 2078 Abs. 2 BGB.) Schließlich kann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalles vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat (§ 2079 BGB.).

Die arglistige Täuschung wird vom Gesetzgeber als Anfechtungsgrund nicht besonders erwähnt; der Grund liegt darin, daß der in § 2078 Abs. 2 BGB. als Anfechtungsgrund zugelassene Motivirrtum diese Täuschung mit umfaßt.

Berechtigt zur Anfechtung ist derjenige, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde (§ 2080 Abs. 1 BGB.). Im Falle des Testamentswiderrufs ist also der im früheren Testament Bedachte der Berechtigte. Wenn sich die Anfechtung nur auf eine bestimmte Person bezieht und diese anfechtungsberechtigt ist oder anfechtungsberechtigt wäre, wenn sie zur Zeit des Erbfalles gelebt hätte, so ist nur diese Person nach § 2080 Abs. 2 BGB. zur Anfechtung befugt. § 2080 Abs. 3 BGB. gibt bei Uebergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079 BGB.) nur dem Pflichtteilsberechtigten das Anfechtungsrecht.

Die Anfechtungserklärung ist, wenn durch die letztwillige Verfügung ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben wird, dem Nachlaßgericht gegenüber abzugeben (§ 2081 Abs. 1 BGB.). Die Anfechtung kann nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnis des Anfechtungsgrundes geltend gemacht werden (§ 2082 BGB.). Ausgeschlossen ist sie überhaupt nach 30 Jahren seit dem Erbfall (§ 2082 Abs. 3 BGB.). Durch die erfolgreiche Anfechtung ist die letztwillige Verfügung nach § 142 Abs. 1 BGB. als von Anfang an nichtig anzusehen.

III. Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments.

1. Allgemeines über korrespektive Verfügungen.

Der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments bietet insoweit keine Besonderheiten, als er sich gegen nicht wechselbezügliche Bestimmungen wendet; für den Widerruf solcher Verfügungen finden die allgemeinen Vorschriften über den Widerruf letztwilliger Verfügungen Anwendung. Es ergeben sich nur daraus Abweichungen, daß die letztwilligen Verfügungen der beiden Ehegatten in einer Urkunde vereinigt sind.

Anders verhält es sich beim Widerruf der sogen. korrespektiven Verfügungen (§ 2270 BGB.) Der Widerruf dieser Verfügungen ist in § 2271 BGB. geregelt.

Um festzustellen, welche Form des Widerrufs angebracht ist, ist zu untersuchen, was man unter korrespektiven Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB. versteht. Diese liegen vor, wenn anzunehmen ist, daß die Verfügungen des einen Ehegatten nicht ohne die des anderen getroffen worden wären (§ 2270 Abs. 1 BGB.). Die Verfügungen des einen Ehegatten sollen nur gelten, wenn auch die des anderen wirksam sind und bleiben. Folglich wird bei Nichtigkeit oder Widerruf der Verfügung des einen auch die des anderen unwirksam (§ 2270 Abs. 1 BGB.)

Ausdrücklich ist die Korrespektivität meist nicht erklärt. Auch läßt sich eine allgemeine Regel über das Vorliegen derartiger Verfügungen nicht aufstellen. Vielmehr muß in jedem Falle besonders festgestellt werden, ob ein gemeinschaftliches Testament wechselbezügliche Verfügungungen enthält. Es wird sich jedoch gewöhnlich aus dem Sinn des Testaments ergeben, ob korrespektive Verfügungen vorliegen oder nicht; wenn ein Erblasser dem anderen abweichende Verfügungen erlaubt, so ist zu prüfen, in welchem Maße ihm Verfügungsfreiheit gegeben ist. Man kann aber u. E. nicht einfach annehmen, daß dann Wechselbezüglichkeit nicht vorhanden sein könne.[1])

1) A. A.: RGR. Komm. S. 324; Kretzschmar, a.a.O., S. 212.

Das Gesetz gibt nun allerdings eine Auslegungsregel im § 2270 Abs. 2 BGB., die es im wesentlichen vom ALR[1]) übernommen hat. Es soll darnach Wechselbezüglichkeit vorliegen

1. „wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken“ (sowohl bei Erbeinsetzungeu, als auch durch sonstige Zuwendungen),
2. „wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht.“

Den zweiten Fall könnte man so verstehen, daß beide Verfügungen von derselben Person getroffen werden. Dies nimmt z. B. die Denkschrift an[2]). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß in diesem Falle keine Wechselbezüglichkeit vorliegt. Es müssen sich vielmehr Verfügugen beider Ehegatten gegenüberstehen[3]). Außer diesen vom Gesetz in § 2270 Abs. 2 BGB. angeführten Fällen sind auch noch andere denkbar, da diese Bestimmung nur „im Zweifel“ Geltung haben soll.

Nach § 2270 Abs. 3 BGB. ist die Wechselbezüglichkeit letztwilliger Verfügungen beschränkt auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen. Andere Verfügungen, wie Ernennung eines Vormundes, eines Testamentsvollstreckers, die Entziehung des Pflichtteils oder eine Teilungsanordnung sind niemals wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB.

Die Konstruktion der Wechselbezüglichkeit war und

---

1) ALR. II, 1 §§ 486 und 493.

2) Denkschrift S. 317: „Nicht selten wird auch dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung in der Weise gemacht, daß der letztere gleichzeitig für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten eines Dritten trifft, der mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm nahesteht“.

3) Planck, Anm. 4 zu § 2270; Staudinger-Herzfelder, Anm. 1 zu §§ 2270/71; RGR. Komm. Anm. 4 zu § 2270.

ist in der Literatur trotz der Definition in § 2270 Abs. 1 BGB. durchaus streitig.

Nach den Protokollen[1]) besteht das Wesen der Korrespektivität darin, daß zwischen den Verfügungen der beiden Ehegatten ein „Zusammenhang des Motivs" besteht. Die Ehegatten haben die Verfügungen mit Rücksicht auf die entsprechende des anderen getroffen und wollen, daß die beiden Verfügungen miteinander stehen und fallen sollen[2]). Dernburg[3]) setzt Wechselbezüglichkeit gleich mit gegenseitiger Bedingtheit. Der begriffliche Unterschied liegt aber nach unserer Auffassung darin, daß bei wechselseitiger Bedingtheit die gegenseitige Abhängigkeit kraft (ausdrücklicher oder stillschweigender) Erklärung zum Inhalt der gegenseitigen Verfügungen gemacht worden ist, während sie bei wechselseitigen Verfügungen nur Beweggrund ist und nicht einmal stillschweigend erklärt zu werden braucht.

Windscheids Lehre[4]) von der Voraussetzung kommt zu dem Schluß, daß die Verfügungen des einen Ehegatten unter der Voraussetzung getroffen seien, daß die des anderen bestehen blieben. Sie steht aber im Gegensatz zum Wortlaut des geltenden Rechts, denn nach ihr tritt bei Wegfall der Verfügung des einen Teils Unwirksamkeit der Verfügung des anderen Ehegatten nicht ipso iure ein, es bedarf vielmehr noch einer besonderen Zurücknahme. Das Bürgerliche Gesetzbuch hingegen bestimmt, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2270 Abs. 1 BGB. die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Endemann[5]) und Brinz[6]) glauben die Ursache für das Verhältnis der Korrespektivität in dem vertragsähnlichen

1) Prot. Bd. V, S. 450/51.
2) RGZ. 116/149.
3) Dernburg (Erbrecht) § 90, II, § 92, II.
4) Windscheid-Kipp, Bd. III, § 568 Anm. 5.
5) A.a.O., S. 489.
6) Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, Abs. 1 § 370.

Charakter des Testaments suchen zu müssen. Es ist aber, wie oben erwähnt, (S. 4/5) zu betonen, daß es sich um zwei selbständige einseitige Verfügungen handelt. Nach Ansicht des Verfassers ist das Verhältnis so zu beurteilen, daß das Gesetz die wechselseitigen Verfügungen so behandelt, als ob sie bedingt wären, indem es ausnahmsweise den Beweggrund mit den Rechtswirkungen eines unter einer Bedingung stehenden Rechtsgeschäfts ausgestattet hat.

Bestritten ist die Frage, wie die sogen. einseitigen wechselbezüglichen Verfügungen zu behandeln sind. Derartige Verfügungen liegen dann vor, wenn zwar die Verfügungen des einen Ehegatten mit Rücksicht auf die des anderen getroffen worden sind, nicht aber auch umgekehrt. Es wird die Ansicht vertreten[1]), in diesen Fällen hätten gleichfalls die §§ 2270/71 BGB. unmittelbar Anwendung zu finden. Dem steht aber der Wortlaut des Gesetzes in § 2270 Abs. 1 entgegen[2]). Auch eine entsprechende Anwendung kommt nicht in Betracht, da die Vorschriften über wechselbezügliche Verfügungen Ausnahmebestimmungen sind. Es wird daher, wenn die Verfügung des einen Ehegatten, ohne welche die des anderen nicht getroffen worden wäre, nichtig ist oder widerrufen wird, die Verfügung des anderen nur nach § 2078 BGB. angefochten werden können[3]).

2. Gemeinschaftlicher Widerruf.

Wenn die beiden Ehegatten entschlossen sind, das Testament aufzuheben, so müssen sie beide dabei mitwirken. Im übrigen finden die allgemeinen Vorschriften

1) Staudinger-Herzfeld, 1 zu § 2270/71; Planck Anm. 2 zu § 2270; Dernburg Anm. 1, 3 zu § 89.

2) § 2270 Abs. 1 bestimmt: „Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament die Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde . . .“.

3) Meyer, S. 41; Mattes, S. 30 Anm. 17; dazu Strohal, Anm. 43a Anm. 9.

über den Widerruf von Testamenten (§§ 2253ff. BGB.) Anwendung, ergänzt durch die Bestimmungen über die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments (§§ 2265 ff. BGB.). Bedeutungslos ist es hier, wo die Ehegatten gemeinschaftlich handeln, ob Verfügungen mit wechselbezüglichen oder nicht wechselbezüglichem Inhalt widerrufen werden. Lediglich der Umstand, daß zwei Testatoren vorhanden sind, bringt einige Veränderungen.

a) Durch Testament.

Der wohl am meisten vorkommende Widerruf von gemeinschaftlichen Testamenten ist der durch Errichtung eines neuen gemeinschaftlichen Testaments.

Der Wille zu widerrufen braucht nicht ausgesprochen zu sein, es muß aber das neue Testament einen dem früheren widersprechenden Inhalt haben. Es treten dann die Wirkungen des § 2258 BGB. ein.

Personen, die wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung entmündigt sind, können ein vor der Entmündigung errichtetes Testament widerrufen (§ 2253 Abs. 2 BGB.).

Die Form des Widerrufstestaments ist unabhängig von der Form des zu widerrufenden Testaments. Es gibt also folgende Möglichkeiten:

aa) Mündlicher Widerruf des Testaments durch die Ehegatten vor einem Richter oder Notar und Erklärung, daß dies ihr letzter Wille sei (§ 2238 Abs. 1 BGB.).

bb) Uebergabe einer Schrift durch die Testatoren an den Richter oder Notar mit der Erklärung, daß die Schrift ihren beiderseitigen letzten Willen enthalte. (§ 2238 Abs. 1 BGB.).

cc) Uebergabe einer Schrift durch den einen Ehegatten und Erklärung des Willens des anderen zu Protokoll, wenn dieser nicht lesen kann oder minderjährig ist (§ 2238 Abs. 1, 2 BGB.).

dd) Errichtung eines privatschriftlichen Testaments (§ 2231, Ziffer 2 BGB.). Dabei genügt es nach § 2267 Abs.

1 BGB., wenn einer der Ehegatten das Testament in der in § 2231 Ziff. 2 BGB. vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung (§ 2267 Abs. 2 BGB.) beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle. Die Beitrittserklärung muß zeitlich später liegen[1]). Aus ihr muß der Wille des anderen Ehegatten, das Testament auch als das seine gelten zu lassen, hervorgehen.

ee) Widerruf durch ein gemeinschaftliches Nottestament (§§ 2249, 2250, 2251, 2266 BGB.). Dabei kann ein gemeinschaftliches Dorftestament (§ 2249 BGB.) nach § 2266 BGB. auch dann errichtet werden, wenn die Voraussetzung des § 2249 BGB. nur auf Seiten eines der Ehegatten vorliegt.

Der durch Testament erfolgte Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments kann gemäß § 2257 BGB. auch widerrufen werden (Vgl. S. 9).

b) Durch Vernichtung oder Veränderung an der Urkunde (§ 2255 Abs. 1 BGB.).

Wenn die Ehegatten den Widerruf in der Form des § 2255 Abs. 1 BGB. ausüben wollen, so muß bei jedem der Ehegatten das Erfordernis des Gesetzes, nämlich Widerrufsabsicht, vorliegen. Die Vernichtung oder Veränderung kann von einem der Ehegatten im Einverständnis mit dem anderen vorgenommen werden[2]). Es genügt auch, wenn ein Dritter in beiderseitigem Auftrag die Zerstörungshandlung vornimmt. Als solche sind möglich z. B.: Verbrennen, Zerschneiden, Durchstreichen, Ausradieren, Zerstören. Nachträgliche Genehmigung durch den anderen Ehegatten ist nicht möglich, bei Vernichtung oder Veränderung durch den einen Ehegatten bleibt das Testament wirksam.

1) Planck, Erl. 4b zu § 2267; Strohal, a.a.O., S. 322 Anm. 13.

2) Dernburg, § 93 Anm. 2; Endemann § 63, V; Strohal § 43a Anm. 4.

Widerruf des Widerrufs ist bei dieser Form des Testaments ausgeschlossen, da kein Widerrufstestament vorliegt (§ 2257 BGB.; vgl. S. 9/10).

c) Durch Zurücknahme aus der amtlichen Verwahrung. (§§ 2256, 2272 BGB.).

Bei dieser Form des Widerrufs ist ein gemeinschaftlicher Antrag der Ehegatten nötig. Rückgabe der Urkunde darf nur an beide Ehegatten erfolgen. Beide müssen persönlich und gleichzeitig erscheinen[1]). Eine Rücknahme nach dem Tode eines Ehegatten ist deshalb nicht mehr möglich. Ein nicht in amtliche Verwahrung gegebenes öffentliches Testament kann nicht durch Rücknahme widerrufen werden. Auf Antrag kann die Rückgabe des Testaments durch einen Richter in der Wohnung der Ehegatten geschehen[2]).

Ein in amtliche Verwahrung gegebenes gemeinschaftliches Privattestament (die Möglichkeit dazu gibt § 2248 BGB.) ist auch nach der Rücknahme gültig; die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit dieses Testaments ohne Einfluß (§ 2256 BGB. Abs. 3).

Ein Widerruf des durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung erklärten Widerrufs des gemeinschaftlichen Testaments ist ausgeschlossen (Vgl. S. 10).

d) Durch Erbvertrag.

Ein gemeinschaftliches Testament kann schließlich noch aufgehoben werden durch einen Erbvertrag zwischen den Ehegatten.

3. Einseitiger Widerruf.

a) Nicht-wechselbezüglicher Verfügungen.

Die nicht wechselbezüglichen Verfügungen eines Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament sind jederzeit von

1) Planck, Anm. 1 zu § 2272; Ahammer, a.a.O., S. 41.
2) Mot. Bd. V, S. 303.

ihm widerrufbar. Dadurch wird das Testament weiter nicht berührt. Der Widerrufende kann jedoch nur seine eigenen Verfügungen widerrufen. Er hat dazu allerdings im allgemeinen nur die Form der Errichtung eines Testaments zur Verfügung, aber auch der Weg des Ehevertrages und des einfachen Nachzettels steht ihm offen [1]).

Nicht geklärt ist die Frage, ob der einzelne Ehegatte seine nicht wechselbezüglichen Verfügungen auch durch gewollte Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde wirksam widerrufen kann. Die herrschende Meinung [2]) bejaht die Frage für den Fall, daß die beiderseitigen Verfügungen getrennt niedergeschrieben wurden. Planck und Herzfelder [3]) lassen die Widerrufswirkung eintreten, wenn der andere Ehegatte seine Zustimmung erteilt hat. Es erscheint aber doch wohl richtiger, in den bezeichneten Handlungen einen wirksamen Widerruf der nicht wechselbezüglichen Verfügungen des betreffenden Ehegatten zu erblicken. Der Widerrufswille ist offenbar, und es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wenn er an diese Fälle gedacht hätte, den genannten Handlungen Widerrufswirkung beigelegt hätte. Eine ausdrückliche gesetzliche Fixierung ist u. E. wegen der durch diese Widerrufsform entstehenden unsicheren Rechtslage nicht gegeben worden. Nach dem Sinn des Gesetzes ist es wohl möglich, für solche Fälle einen wirksamen Widerruf anzunehmen. Aehnlich dürfte der Fall liegen, wenn ein in amtlicher Verwahrung befindliches Testament durch Zufall an einen Ehegatten zurückgegeben wird [4]).

Die Rückgabe des gemeinschaftlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung an einen überlebenden Ehegatten kann wegen der Bestimmung des § 2272 BGB.

---

1) Planck, Anm. I, 2b zu § 2271.

2) Strohal, § 43a Anm. 7; Mattes, a.a.O., S. 16; Kretzschmar, a.a.O., S. 213; Meyer, a.a.O., S. 40.

3) Planck, § 2272 Anm. 3; Staudinger-Herzfelder, § 2272 Anm 2.

4) Ebenso Kipp, § 28, IV; Martens, a.a.O., S. 35.

keine Widerrufswirkung haben[1]). Dagegen kann der überlebende Ehegatte, der seine nicht wechselbezügliche Verfügung im gemeinschaftlichen Testament widerrufen will, dies durch Abschluß eines Erbvertrages mit einem Dritten tun. Die wechselbezüglichen Verfügungen werden dadurch im Rahmen des § 2289 Abs. 1 Satz 1 BGB. aufgehoben.

b) Korrespektiver Verfügungen zu Lebzeiten des anderen Ehegatten.

Das Bestreben, dem einen Ehegatten von einem Widerruf der korrespektiven Verfügungen des anderen Kenntnis zu geben, führte dazu, dem einseitigen Widerruf die Form des Rücktritts vom Erbvertrag zu geben. (§ 2271 Abs. 1 Satz 1). Die II. Kommission[2]) war der Ansicht, daß der Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments mit der Erklärung des vorbehaltenen Rücktritts beim Erbvertrag verwandt sei. Es erfolgt demnach der Widerruf durch gerichtliche oder notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Teil (§§ 2296 Abs. 2, 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Das gemeine Recht ließ den Widerruf dagegen durch Testament zu[3]).

Die Form des gemeinschaftlichen Testaments ist für die Form des einseitigen Widerrufs ohne Bedeutung. Die Vorschrift des § 2271 BGB. ist zwingender Natur. Durch eine neue letztwillige Verfügung kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben, (§ 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB.) und zwar auch dann nicht, wenn der andere Ehegatte seine (formlose) Zustimmung dazu erteilt.

Der Ausdruck „nicht einseitig“ in § 2271 Abs. 1

1) Allein Mattes (S. 16) will den § 2272 BGB. als eine Sollvorschrift ansehen; der Wortlaut des Gesetzes ist aber so deutlich, daß kein Zweifel aufkommen kann.

2) Prot. Bd. V, S. 453/4.

3) Dernburg, Erbrecht, § 93, III; ALR. II, 1 §§ 485, 486.

Satz 2 BGB. wird verschieden ausgelegt. Einige Schriftsteller behaupten[1]), „nicht einseitig“ solle „nicht ohne Zustimmung des anderen“ bedeuten. Die herrschende Meinung[2]) geht aber dahin, daß einseitig den Gegensatz zu gemeinschaftlich bildet. Dieser Ansicht ist zu folgen. § 2271 Abs. 1 Satz 2 will besagen, daß die in Satz 1 bezeichnete Form des Widerrufs die einzige ist. Durch die Möglichkeit einer formlosen Zustimmung zu einer einseitigen Verfügung würde der § 2271 BGB. ziemlich bedeutungslos werden.

Nun kann aber im gemeinschaftlichen Testament selbst der Widerruf durch einseitige Verfügung gestattet sein. Es kann bestimmt werden, daß die Aufhebung der korrespektiven Verfügungen durch einen Ehegatten allein die Wirkung des § 2271 Abs. 1 BGB. haben soll. Der § 2271 BGB. dient dem Schutz der Erblasser; wenn diese selbst auf diesen Schutz verzichten, dann liegt kein Anlaß vor, die von ihnen getroffene andersartige Regelung des Widerrufs nicht anzuerkennen[3]). Wenn es möglich ist, ein korrespektives Testament durch ein gemeinschaftliches Testament aufzuheben, dann muß es auch gestattet sein, durch das gemeinschaftliche Testament den Widerruf zu erleichtern.

Strittig ist ferner, ob die Aufhebung eines Vermächtnisses oder einer Auflage durch Testament mit Zustimmung des anderen Ehegatten möglich ist[4]). § 2291 BGB. besagt, daß ein vertragsmäßiges Vermächtnis oder eine vertragsmäßig angeordnete Auflage durch Testament mit gerichtlich oder notariell beurkundeter Zustimmung des anderen Teils aufgehoben werden kann. Diese Bestim-

1) Loewenwald, a.a.O., S. 68; Alffers, a.a.O. S. 44.

2) RGR. Kom. Anm. 2 zu § 2271; Küntzel S. 605ff.; Mattes, S. 42; Strohal § 43a Anm. 15; Meyer S. 46; RGZ. 65/271; Planck Anm. II 2b zu § 2271; Endemann S. 195; Staudinger, III A 2 § 2270/71.

3) Planck, II, 6 zu § 2271; Mattes, a.a.O., S. 43; Zetzsche, a.a.O., S. 41ff.

4) Strohal, S. 336; Kipp § 28, III, 2a; Meyer, S. 47; Martens, S. 44; a. A.: Planck II, 2b zu § 2271; Küntzel, a.a.O., S. 607.

mung ist neben § 2271 Abs. 1 BGB. analog anzuwenden. Wenn diese Widerrufsform durch Testament, wie gegenüber der Form des § 2296 Abs. 2 BGB. (gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung) als die weniger strenge anzusehen ist, bei vertragsmäßigen Verfügungen möglich ist, dann muß sie erst recht bei korrespektiven Testamenten zulässig sein, da diese gegenüber den Erbverträgen als schwächere Form der Bindung anzusehen sind (argumentum a maiore ad minus). Die Aufhebung kann selbstverständlich nicht in den Formen der Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde bezw. der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung geschehen, sondern nur durch einseitiges Testament oder durch einen Erbvertrag. Wollte man § 2291 BGB. nicht anwenden, so würde dies zu sonderbaren Ergebnissen führen, wie Strohal[1]) an einem konstruierten Fall dartut.

Widerrufen kann nur der Erblasser selbst, eine Stellvertretung ist unmöglich. Der geschäftsbeschränkte Erblasser bedarf zum Widerruf nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Ist der Erblasser jedoch geschäftsunfähig geworden, so steht ihm ein Widerrufsrecht nicht mehr zu.

Die Widerrufserklärung ist kraft gesetzlicher Bestimmung eine formalisierte, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist dem anderen Ehegatten gegenüber zu erklären (§ 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB.). Wenn dieser bei der Erklärung nicht zugegen ist, so finden die Vorschriften der §§ 130, 132 BGB. entsprechende Anwendung, d. h.

---

1) Strohal nimmt folgendes an: „In einer als „gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag" bezeichneten Urkunde sind vertragsmäßige und nichtvertragsmäßige korrespektive Verfügungen enthalten. Wollte man die Anwendung des § 2291 BGB. auf das gemeinschaftliche Testament verneinen, so könnte ein Ehegatte bei Vorliegen der gerichtlichen oder notariellen Zustimmungserklärung des anderen die vertragsmäßigen Verfügungen durch einseitiges Testament nach § 2291 BGB. aufheben, während der Widerruf der nur wechselbezüglichen Verfügungen allein in der Form des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB. möglich wäre". Strohal, a.a.O. S. 336 Anm. 20.

die Erklärung wird erst in dem Augenblick wirksam, in dem sie dem anderen Teile zugeht (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Auf die tatsächliche Kenntnisnahme des anderen Ehegatten kommt es nicht an. Geht dem anderen Teil gleichzeitig oder vorher ein Widerruf des Widerrufs zu, so wird die Erklärung nicht wirksam (§ 130 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Ist der andere Ehegatte geschäftsunfähig, so wird die Widerrufserklärung erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugegangen ist (§ 131 Abs. 1 BGB.). Der geschäftsunfähige Ehegatte selbst braucht von dem Widerruf keine Kenntnis erlangt zu haben. Ist der Ehepartner in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so könnte wegen der Bestimmungen des § 131 Abs. 2 Satz 1 die Wirksamkeit der Widerrufserklärung an sich erst mit dem Zugehen an den gesetzlichen Vertreter, bei Einwilligung durch diesen allerdings schon mit dem Zugehen an den geschäftsbeschränkten Ehegatten (§ 131 Abs. 2 Satz 2) eintreten, obwohl der Geschäftsbeschränkte das Widerrufsrecht selbst ausüben, evt. sogar positiv testieren kann, wenn er wegen Minderjährigkeit in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Dies ist ein unbilliges Resultat. § 2271 BGB. hat den Zweck, dem einen Ehepartner Kenntnis von dem Widerruf des anderen zu verschaffen und ihm die Möglichkeit zu geben, wegen der Unwirksamkeit seiner wechselbezüglichen Verfügungen neu zu verfügen. Neu testieren kann aber nur der geschäftsbeschränkte Ehegatte selbst, nicht dessen gesetzlicher Vertreter. Es muß deshalb das Zugehen an den testierfähigen Ehegatten als durch stillschweigende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gültig zu betrachten sein[1]).

Für die Wirksamkeit des Widerrufs ist es ohne Bedeutung, wenn der widerrufende Ehegatte nach der Abgabe der Erklärung stirbt (§ 130 Abs. 2 BGB.). Hat der Widerrufende alles getan, was von ihm aus geschehen muß, damit die Erklärung an den anderen Ehegatten gelangt,

1) Mattes, a.a.O., S. 40.

so bleibt der Widerruf wirksam, auch wenn er erst nach dem Tode des Widerrufenden dem anderen zugeht.

Die Uebermittlung der Widerrufserklärung ist an keine Form gebunden. Es ist also formlose Uebergabe oder Zusendung des aufgenommenen Protokolls zulässig. Zur Sicherung des Beweises ist es jedoch ratsam, einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung der Widerrufserklärung zu beauftragen (§§ 132 Abs. 1 BGB.; 167, 169/173, 180/191, 193/195 ZPO.). Wichtig ist diese Zustellung im Falle der Annahmeverweigerung. Ist der Aufenthalt des anderen Ehegatten unbekannt, so kann die Zustellung der Erklärung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften erfolgen (§ 132 Abs. 2 BGB.) (§§ 204/206 ZPO.). Diese Art des Widerrufs ist aber derart außerordentlich, daß sie Hellwig[1]) als „Unikum in der Rechtsgeschichte" bezeichnet. Es ist in der Tat absurd, daß z. B. ein privatschriftliches, gemeinschaftliches Testament durch ein Zeitungsinserat widerrufen werden kann. Ist der Widerrufende über den Tod des Ehegatten im Zweifel, so tut er gut daran, die Aufhebung der korrespektiven Verfügung nach § 2271 Abs. 1 BGB. in Verbindung mit § 132 Abs. 2 BGB. und nach der für die Aufhebung nach dem Tode des Ehegatten bestimmten Form zu betreiben.

Die Vorschrift des § 2271 Abs. 1 BGB. erfüllt nicht immer den ihr vom Gesetz zugedachten Zweck. Der böswillige Ehegatte kann auch bei Zustellung durch den Gerichtsvollzieher das Zugehen an den Ehegatten leicht verhindern, wenn er zu einer Zeit zustellen läßt, in der der andere Ehegatte nicht anwesend ist[2]). Auch bei Zweifel über den Tod des anderen Teils entstehen erhebliche Schwierigkeiten. Merkwürdig ist es auch, daß ein privatschriftliches Testament, das ohne Richter bezw. ohne Notar errichtet worden ist, in der Form des § 2271 Abs. 1 BGB. widerrufen werden soll. Die Kosten, der Zeitver-

1) Hellwig, a.a.O., S. 643 Anm. 332.

2) Mattes, a.a.O., S. 38.

lust usw. sind für die wirtschaftlich Schwächeren schwer tragbar. Es ist deshalb ein Vorschlag [1]) gemacht worden der den Schwierigkeiten eher gerecht wird: der Widerruf soll dem Gericht oder Notar gegenüber erklärt werden. Diese Stelle setzt dann den anderen Ehegatten in Kenntnis. Der Beweis des Widerrufs oder Zugehens desselben wäre dann durch den Richter oder Notar möglich. Wäre der andere Teil abwesend oder verschollen, so könnte die Rückkehr oder das Bekanntwerden des Aufenthaltes abgewartet werden.

Der Widerruf der wechselbezüglichen Verfügung zu Lebzeiten beider Ehegatten durch den einen Ehegatten bewirkt, daß die mit ihr verbundenen korrespektiven Verfügungen des anderen unwirksam werden (§ 2270 Abs. 1 BGB.). Der Wille des anderen Ehegatten ist dabei unerheblich, ebenso sein Wissen von dem Widerruf [2]). Die Verfügungen können auch nicht wieder wirksam werden, weil mit Rücksicht darauf, daß der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung einseitig nur in der Form des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB., niemals aber durch Testament erfolgen kann, ein Widerruf des Widerrufs nicht möglich ist [3]). Die nach dem Widerruf erfolgte Bestätigung der Verfügungen durch den anderen Ehegatten ist ohne Wirkung. Wenn der andere Ehegatte die weitere Gültigkeit seiner widerrufenen Verfügungen beabsichtigt, so muß er entweder eine neue Verfügung errichten, oder eine Erklärung in Testamentsform abgeben, daß seine korrespektiven Verfügungen bestehen bleiben sollen [4]).

Die Nichtbeachtung der Formvorschrift des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB. hat die Nichtigkeit des Widerrufs zur Folge. Nun ist aber diese Nichtigkeit keine absolute, sondern sie tritt nur ein zugunsten der korrespektiven

1) Hellwig, a.a.O., S. 641 ff., ebenso Mattes, S. 42.

2) RGR. Kom. S. 324; Planck, Anm. 3b zu § 2270; Meyer S. 43.

3) RGR. Kom. S. 326; Staudinger-Herzf. Anm. 5 zu § 2296.

4) Planck, Anm. 3b zu § 2270; Mattes, a.a.O., S. 31; Meyer, S. 44; Martens, S. 39.

Verfügungen, demnach nicht, wenn die korrespektiven Verfügungen z. B. nichtig oder unwirksam sind. Ein späteres in Widerrufsabsicht errichtetes Testament wird also auch dann gültig, wenn n a c h seiner Errichtung der betreffende Ehegatte oder der andere nach der Vorschrift des § 2271 Abs. 1 BGB. seine korrespektiven Verfügungen widerruft. Es lag eben nur ein äußeres Hindernis vor, das auch nachträglich wirksam entfernt werden kann[1]). Eine Beschränkung der Testierfähigkeit tritt dadurch nicht ein, ebenso wie auch durch die Errichtung des korrespektiven Testaments die Testierfähigkeit der Ehegatten nicht gemindert wird[2]).

Die Unwirksamkeit erstreckt sich nur auf diejenigen Verfügungen, die mit den widerrufenen des anderen Ehegatten im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen. Nicht von der Unwirksamkeit ergriffen werden die nicht wechselbezüglichen Verfügungen. Ist anzunehmen, daß die Verfügungen, die mit den widerrufenen nicht korrespektiv sind, nicht ohne die widerrufenen getroffen worden wären, so werden nach § 2085 BGB. auch diese unwirksam. Wenn von mehreren korrespektiven Verfügungen nur einzelne widerrufen und dadurch unwirksam werden, so hat der Widerrufende ein Anfechtungsrecht nach § 2078 Abs. 2 BGB.

Ueber die Folgen eines teilweisen Widerrufs sind die Meinungen geteilt. Nach dem Allgemeinen Landrecht hatte der teilweise Widerruf überhaupt keine Wirkung[3]). Mattes[4]) behandelt den teilweisen Widerruf wie den totalen. Zu diesem Schluß kommt er durch den Wortlaut des Gesetzes, in dem nur vom Widerruf schlechthin die Rede ist. Die herrschende Lehre[5]), der sich Verfasser an-

1) RGZ. 65/275; Planck, II, 4 zu § 2271; Strohal S. 336; Meyer, S. 50; Mattes, S, 43.
2) Bayer, OLG. DJZ. 23/439.
3) ALR. II, 1 §§ 487/488.
4) Mattes, a.a.O., S. 32; Loewenwald, a.a.O., S. 56.
5) Planck 3c zu § 2270; Staudinger-Herzfelder Anm. IV zu §§ 2270/71; RGR. Kom. Anm. 2 zu § 2270; Meyer, S. 45; Kretzschmar S. 211.

schließen möchte, stellt für die Auswirkung des Teilwiderrufes darauf ab, ob die wechselbezüglichen Verfügungen des einen auch getroffen worden wären, wenn die teilweise widerrufenen Verfügungen des anderen von Anfang an den beschränkten Inhalt gehabt hätten. Dabei muß in jedem Falle nach dem zu erforschenden Willen des Erblassers entschieden werden. Ein teilweiser Widerruf, der für das wechselbezügliche Verhältnis zur anderen Verfügung nicht wesentlich ist, kann diese auch nicht unwirksam machen. Eine solche Lösung entspricht nach unserer Auffassung besser dem Willen des Erblassers als die völlige Gleichstellung des teilweisen Widerrufs mit dem totalen. Die Beweislast trifft den, der das Wirksambleiben der korrespektiven Verfügung des anderen Ehegatten behauptet.

Ueber die Form des teilweisen Widerrufs wird im Gesetz nichts gesagt. Mattes und Loewenwald[1]) verlangen in Konsequenz ihrer Ansicht über den teilweisen Widerruf die Form des § 2271 Abs. 1 BGB. Das wird aber nur zu fordern sein, wenn die andere Verfügung nicht ohne die teilweise widerrufene Verfügung getroffen worden wäre, sonst müßten die für nicht wechselbezügliche Verfügungen gegebenen Widerrufsformen genügen. Es dürfte sich allerdings empfehlen, aus Sicherheitsgründen den Widerruf in der durch § 2271 Abs. 1 BGB. aufgestellten Form zu erklären.

Die Unwirksamkeit der wechselseitigen Verfügungen tritt nur bei Widerruf ein, nicht auch bei tatsächlicher Wirkungslosigkeit einer Verfügung, wenn z. B. der Bedachte stirbt oder ausschlägt. Es könnte allerdings ein Anfechtungsrecht des anderen Ehegatten nach § 2078 BGB. entstehen, wenn seine Verfügung als durch Verwirklichung der erledigten Verfügung bedingt zu betrachten ist[2]).

---

1) Mattes, a.a.O., S. 32; Loewenwald, a.a.O. S. 56.

2) RGR. Kom. Anm. 2 zu § 2270. Strohal, § 43 Anm. 32.

c) Wechselbezügliche Verfügungen nach dem Tode des einen Ehegatten.

Mit dem Tode des einen Ehegatten erlischt grundsätzlich das Recht des Ueberlebenden zum Widerruf gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB. Der überlebende Ehegatte ist von diesem Zeitpunkt an ipso iure an seine im korrespektiven Testament enthaltenen Verfügungen gebunden.

Die Lage ist nun so, wie sie bei dem Erbvertrag von Anfang an gegeben ist. Der Ueberlebende kann neue Verfügungen nicht mehr treffen die den wechselbezüglichen Verfügungen entgegenstehen. Ausnahmen sind nur in § 2271 Abs. 2 und Abs. 3 BGB. gegeben. Der Ehegatte kann Verfügungen auch nicht durch Beschränkungen oder Beschwerungen abändern.

Die Bindung tritt schon mit dem Tode des Erstverblichenen ein. Die entgegengesetzte Ansicht[1]), daß erst mit der Annahme der Zuwendung die Bindung erfolgt, ist mit dem Gesetzestext nicht zu vereinen. Bis zur Annahme steht die Bindung nur noch unter der auflösenden Rechtsbedingung der Nichtausschlagung. Das Prinzip des ipso iure-Erwerb ist außerdem unserem Erbrecht eigentümlich (Erbfall, Vermächtnisübergang, Besitzübergang). Wenn behauptet wird[2]), daß eine solche Auffassung geeignet sei, die Grenze zwischen letztwilligen und bindenden Verfügungen zu verwischen, so ist darauf zu erwidern, daß die Ursache der Bindung nicht der vertragsmäßige Charakter des Testamentes ist, sondern das Treueverhältnis zwischen den Ehegatten. Jeder trifft seine Verfügungen im Vertrauen darauf, daß der andere seine Verfügungen bestehen läßt. Bei Widerruf der korrespektiven Verfügungen des einen sollen auch die des anderen hinfällig werden. Diese Abhängigkeit wirkt sich nach

1) Leonhard, 5. Buch, § 2271, III; Endemann, Bd. V, Erbrecht § 24, IV; vgl. auch Strohal, § 45a Anm. 28.

2) Leonhard, a.a.O., III A zu § 2271; Meyer, a.a.O. S. 51.

dem Tode des einen Ehegatten dahin aus, daß ein Widerruf des Ueberlebenden nicht mehr möglich ist. Ein solcher Rücktritt wäre mit dem Treuverhältnis der Ehegatten nicht mehr zu vereinbaren.

Nach den vor 1900 geltenden Rechten trat die Bindung erst mit der Annahme der dem Ueberlebenden von dem anderen gemachten Zuwendung ein[1]). Nach dem ALR. und dem gemeinen Recht ist die Annahme der Zuwendung als stillschweigender Verzicht des überlebenden Ehegatten auf sein Widerrufsrecht hinsichtlich der korrespektiven Verfügungen aufzufassen[2]).

Von der mit dem Tode des Erstversterbenden eintretenden Bindung wird nicht nur das dem Erblasser vom anderen Ehegatten Hinterlassene betroffen, sondern auch das Vermögen des Ueberlebenden mit Einschluß des künftigen, mithin auch das Vermögen, das der Ueberlebende erst nach dem Tode des Erstverstorbenen erwirbt[3]). Das Gesetz macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied. Daß die Bindung sich auch auf das künftige Vermögen des überlebenden Ehegatten erstreckt, ergibt sich schon daraus, daß die korrespektiven Verfügungen des Ueberlebenden erst mit dessen Tode wirksam werden. Die Auffassung Trummers[4]), daß der Bindung nur das beim Tode des einen Ehegatten vorhandene Vermögen unterliege, ist deshalb irrig. Ueber sein Vermögen kann der überlebende Ehegatte durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden allerdings verfügen (§ 2286 BGB.). Auch das Recht der in § 2080 BGB. genannten Personen bleibt unberührt, nämlich die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments bei Vorliegen der Gründe der §§ 2078/79 BGB. anzufechten.

1) So z. B. für das preuß Recht: Preuß. ALR. II, 1 § 492; für das gemeine Recht RGZ. 6/174.

2) Eccius, IV, § 257 Anm. 29 ff.

3) H. M. u. a. Planck Anm. III zu § 2271; Staudinger-Herzfelder, Anm. III B, zu § 2270/71; Endemann, § 63, VII; Kretzschmar, a.a.O., S. 321; Meyer, a.a.O., S. 51.

4) Trummer, Bd. II, S. 600.

Die Bestimmungen des § 2271 Abs. 2 BGB. enthalten bezüglich des Erlöschens des Widerrufsrechts nicht zwingendes, sondern dispositives Recht. Das gemeinschaftliche Testament kann daher Bestimmungen enthalten, die dem Ueberlebenden erlauben, das ganze Testament, bezw. einzelne Verfügungen aufzuheben oder abzuändern. Dies kann in verschiedener Weise geschehen. Einmal kann der Ueberlebende das Recht erhalten, seine eigenen Verfügungen (auch die wechselbezüglichen) auch nach dem Tode des Erstverblichenen aufzuheben und so die Wirkungen der §§ 2270/2271 BGB. herbeizuführen. Es ist aber auch denkbar, daß durch die Einräumung der Befugnis das Verhältnis der Wechselbezüglichkeit ausgeschlossein soll und die gemeinschaftlichen Anordnungen dadurch bedingt sein sollen, daß der überlebende Ehegatte nicht anderweitig letztwillig verfügt[1]). Der jeweilige Sinn der Bestimmung ist durch Auslegung zu erforschen. Regelmäßig wird aber angenommen werden können, daß der Widerruf noch nach der Annahme des Zugewandten ermöglicht werden, daß aber dieser Widerruf auch die Folgen des § 2270 Abs. 1 BGB. haben soll. Zur Ausübung des Widerrufsrechts genügen dann die Formen der §§ 2253ff. BGB. Es ist aber nur eine Beschränkung der Bindung des Ueberlebenden erlaubt, nicht auch eine Befreiung von den Formvorschriften[2]). Ist dem Ueberlebenden die Errichtung einseitiger Testamente (auch von „Nachzetteln") im gemeinschaftlichen Testament gestattet worden, so muß er daher die für die Errichtung von Testamenten geltenden Vorschriften einhalten.

Abänderungen an den korrespektiven Verfügungen der Verstorbenen, die der Ueberlebende mit einer im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Ermächtigung des anderen Teils vornimmt, sind unzulässig (§ 2065 BGB.)

Eine stärkere als die im Gesetz festgelegte Bindung kann auch durch eine im Testament getroffene Vereinba-

1) KG. in J. Rdsch. 25 Nr. 1640.

2) RG. Recht, 23 Nr. 54.

rung zwischen den Erblassern nicht erreicht werden. Ein Verzicht auf das Widerrufsrecht ist nichtig, weil er gegen den Grundsatz der Testierfreiheit verstößt (§ 2302 BGB.).

Von dem Grundsatz der Unwiderruflichkeit wechselbezüglicher Beziehungen nach dem Tode eines Ehegatten hat der Gesetzgeber selbst einige Ausnahmen gemacht.

Der Ueberlebende kann sich von der Bindung befreien, wenn er das ihm von dem anderen Ehegatten Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB.). Außer der Ausschlagung bedarf es noch der Aufhebung seiner Verfügungen (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 BGB.). Die Ausschlagung schafft nur die Voraussetzung für die Aufhebung der Verfügung; die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments selbst werden dadurch noch nicht hinfällig.

Durch die Aufhebung werden zunächst die eigenen korrespektiven Verfügungen betroffen. Nach § 2270 Abs. 1 werden aber dadurch auch die wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten unwirksam.

Die Motive[1]) des ersten Entwurfs wollten die Widerruflichkeit auch nach der Annahme zulassen. Die Debatten der zweiten Kommission über diese Vorschriften waren außerordentlich lebhaft[2]). Die Mehrheit sprach sich schließlich für die Bindung an das gemeinschaftliche Testament mit dem Tode des Erstverblichenen aus, wie ja auch nach § 1922 Abs. 1 BGB. mit dem Tode einer Person deren Vermögen auf die Erben übergeht und wie gemäß § 2176 BGB. ein Vermächtnis den Vermächtnisnehmer in dem gleichen Zeitpunkt anfällt. Ein Schwebezustand besteht also nicht mehr zwischen der Zeit des Todes und der Annahme des Zugewendeten. Die Aufhebung der Verfügungen des Ueberlebenden ist nur noch möglich nach Ausschlagung des ihm Zugewendeten. Nach dem Recht vor 1900 war die Bindung aufschiebend, nach

1) Mot. Bd. V, S. 254ff.

2) Prot. S. 456ff.; vgl. Verhandlungen des 20. Dt. Juristentages, Bd. IV, S. 314ff.

dem geltenden Recht ist sie auflösend bedingt[1]). Die Bestimmung des § 2271 Abs. 2 BGB. entspricht fast ganz der für den Erbvertrag mit vorbehaltenem Rücktritt geltenden des § 2298 Abs. 5 BGB.

Eine Ausschlagung ist nur dann möglich, wenn dem überlebenden Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht worden ist; und zwar kommt nur das durch die korrespektiven Verfügungen Zugewendete in Betracht. Dies ergibt sich einmal aus dem Zusammenhang, in dem § 2271 Abs. 2 BGB. steht zum anderen auch bei einem Vergleich mit § 2298 Abs. 2 Satz 3 BGB., nachdem der Ueberlebende auch nur das durch den Vertrag, nicht das im Vertrag Zugewendete ausschlagen muß. Eine Zuwendung, die dem überlebenden Ehegatten von dem anderen durch eine andere Verfügung von Todeswegen, also in einem Einzeltestament oder Vertrag gemacht wurde, braucht nicht ausgeschlagen zu werden[2]). Nur was dem Ueberlebenden selber zugewendet wurde, muß ausgeschlagen werden, nicht auch eine Verfügung zu Gunsten eines Dritten[3]).

Ueber die Frage, ob der Ueberlebende auch den gesetzlichen Erbteil ausschlagen muß, herrscht Streit. Strohal[4]) u. a. sind der Ansicht, es bedürfe zum Widerruf keiner Ausschlagung, wenn nur der gesetzliche Erbteil dem Ueberlebenden zufalle oder wenn die Zuwendung nicht größer sei als der gesetzliche Erbteil. Es ist aber wohl der herrschenden Meinung[5]) Recht zu geben, welche die Ausschlagung nur verlangt, wenn die Zuwendung des gesetzlichen Erbteils korrespektiv ist mit den Verfügungen

---

1) Staudinger-Herzfelder, Anm. III B 1 zu § 2270/71.

2) Mattes, a.a.O., S. 56ff.; Zetzsche, a.a.O., S. 66; Meyer, a.a.O., S. 56.

3) Meyer, a.a.O., S. 56.

4) Strohal, S. 342ff.; Martens, a.a.O., S. 45; Leipnitz, a.a.O., S. 45.

5) RGR. Kom. Anm. 4 zu § 2271; Staudinger-Herzf. III, 1 zu § 2270/71; Planck, Anm. IV, 1b zu § 2271; Kipp, Bd. V § 28 Anm. III, 2b.

des Ueberlebenden im gemeinschaftlichen Testament; denn der gesetzliche Erbteil ist in der Regel keine Zuwendung des verstorbenen Ehegatten im Sinne des § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Erbteil wird auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erlangt. Er kann aber als Zuwendung gelten, wenn aus dem Testament hervorgeht, daß es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen ist mit Rücksicht auf die korrespektiven Verfügungen des anderen Ehegatten zu Gunsten des Verstorbenen oder eines ihm nahestehenden Dritten.

Auch darüber, ob bei der Zuwendung an den Ueberlebenden und an einen Dritten Ausschlagung des Ueberlebenden allein genügt, um die Widerrufsfreiheit des Ueberlebenden herbeizuführen oder ob auch der Dritte ausschlagen muß, ist man in der Wissenschaft geteilter Meinung. Planck u. a.[1]) geben dem Ueberlebenden schon bei Ausschlagung der ihm gemachten Zuwendung das Widerrufsrecht. Der Wortlaut des § 2271 BGB. scheint allerdings für diese Anschauung zu sprechen. Wenn man sich aber den Zweck des Gesetzes vor Augen hält, dann ist der entgegengesetzten Meinung zuzustimmen. Die korrespektiven Verfügungen sind von den beiden Ehegatten in Erwartung der Gültigkeit der Verfügungen des anderen getroffen, also auch die Zuwendungen zu Gunsten des Dritten, soweit sie zusammen mit den Zuwendungen an den Ueberlebenden im korrespektiven Verhältnis zu der Verfügung des Ueberlebenden stehen. Der Sinn der Bestimmung liegt darin, daß der Ueberlebende keine Vorteile aus den Verfügungen des Verstorbenen ziehen soll, wenn er widerruft. Als ein solcher Vorteil ist aber auch eine Zuwendung an einen Dritten anzusehen, die der Verstorbene mit Rücksicht auf die Verfügungen des Ueberlebenden getroffen hat. Es muß also zur Erlangung der Widerrufsfreiheit nicht nur Ausschlagung des Ueberlebenden, sondern auch die des bedachten Dritten vor-

1) Planck. IV, 1b zu § 2271; Staudinger-Herzfelder, Anm. III B 1 zu § 2270/71; Meyer, a.a.O., S. 54; Martens, a.a.O., S. 47.

liegen[1]). Auch eine praktische Ueberlegung läßt diese Auffassung gerechtfertigt erscheinen. Wenn man die Ausschlagung des Ueberlebenden allein für genügend erachtet, so könnte man die nach § 2270 Abs. 1 BGB. eintretende Unwirksamkeit der Verfügungen zu Gunsten des Dritten erst nach dem Tode des Ueberlebenden sicher feststellen, da sich dann erst endgültig herausstellt, ob die Verfügungen des Ueberlebenden aufgehoben worden sind oder nicht. Der bedachte Dritte würde also bis zu diesem Zeitpunkt im Genuß der Zuwendung bleiben und evt. beim Tod des Ueberlebenden nichts mehr herauszugeben haben (§§ 2021, 818 BGB.). Das kann aber nicht im Willen der Erblasser gelegen haben.

Ist dem Ueberlebenden durch korrespektive Verfügungen nichts zugewendet, so kann er auch nicht ausschlagen. Ein Widerruf ist demnach nicht möglich. Dies ist auch die herrschende Meinung[2]). Kersjes[3]) will jedoch dem Ueberlebenden auch in diesem Falle ein Widerrufsrecht geben. Er begründet seine Ansicht damit, daß es Zweck des § 2271 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 BGB. sei, zu verhindern, daß der Ueberlebende, wenn er widerrufen wolle, in den Genuß der Zuwendungen komme. Es würde also diesem Sinne nicht widersprechen, wenn man dem überlebenden Ehegatten, dem keine Zuwendungen gemacht wurden, das Widerrufsrecht zuspreche. Nach unserer Auffassung ist es aber nicht billig, dem Ueberlebenden, der durch korrespektive Verfügungen nichts erhalten hat, durch das Ausschlagungsrecht die Möglichkeit zu geben, seine korrespektiven Verfügungen aufzuheben. Ein solches Verhalten des Ueberlebenden, der schon zu Lebzeiten des anderen Ehegatten davon wußte, daß ihm durch wechselbezügliche Verfügungen nichts zugewendet wurde und dem es jetzt leicht fällt auszuschlagen, wäre mit dem

1) So auch Strohal, § 43a Anm. 32; Zetzsche, a.a.O., S. 67/68.

2) RGR. Kom. S. 327; Warneyer, Bem. III, § 2271; Maerker, a.a.O., S. 37.

3) Kersjes, a.a.O., S. 63/64.

zwischen Ehegatten bestehenden Treueverhältnis nicht in Einklang zu bringen. Kersjes glaubt, daß man keinen Unterschied machen dürfe zwischen denen, welche die Möglichkeit des Opfers der Ausschlagung hätten, und denen, die nichts ausschlagen könnten. Das ist aber doch gerade das Entscheidende; wer aufheben will, soll auch auf etwas Zugewendetes verzichten.

Daß dem Ueberlebenden durch Ausschlagung des Dritten allein ein Ausschlagungsrecht nicht erwachsen kann, wird von den meisten Schriftstellern[1]) anerkannt. Eine solche Ansicht würde auch dem Wortlaut des Gesetzes widersprechen. Anders stellt sich die Sachlage dar, wenn nicht nur Korrespektivität, sondern gegenseitige Bedingtheit der von den Ehegatten getroffenen Verfügungen vorliegt und diese sich auf Eintritt einer durch Ausschlagung seitens des bedachten Dritten herbeigeführten Unwirksamkeit erstreckt. In einem solchen Falle zieht die so erzeugte Unwirksamkeit der Verfügung des verstorbenen Ehegatten die Unwirksamkeit der Verfügung des Ueberlebenden nach sich. Die Bindung des überlebenden Ehegatten ist damit nicht mehr vorhanden.

Wenn der überlebende Ehegatte zwar nach der Erklärung des Widerrufs, aber vor der Ausschlagung stirbt, ohne ausgeschlagen zu haben, so ist es fraglich, ob die Ausschlagung durch die Erben ausgeübt werden kann oder ob der einseitige Widerruf bedeutungslos wird. Die Mehrzahl der Autoren[2]) will den im gemeinschaftlichen Testament eingesetzten Erben nicht die Befugnis einräumen, die Ausschlagung zu erklären. Man weist auf die Schwierigkeiten hin, die dadurch entstehen, daß sich die Erben aus dem gemeinschaftlichen Testament selbst die

---

1) Staudinger-Herzfelder, Anm. III B 1 zu § 2270/71; Strohal, a.a.O., § 43a Anm. 31; Planck, Anm. IV, 1b zu § 2271; Meyer, a.a.O., S. 54; a. A.: Mattes, a.a.O., S. 56; Zetzsche, a.a.O., S. 66.

2) Staudinger-Herzf., § 2271 III B 1; Planck § 2271, IV, 1a; Berold, a,a.O., S. 40; Mattes, a.a.O., S. 55; Kagermann, a.a.O., S. 27; Mayer, a.a.O., S. 55.

Legitimation zur Ausschlagung durch die Ausschlagung entzögen, da das Testament, in dem sie eingesetzt waren, mit der Ausschlagung wegfalle. Der Grund des Fortfalles ist aber nicht die Ausschlagung, sondern der Widerruf der Verfügung. Die Ausschlagung macht den Widerruf nur wirksam. Ein anderer Grund, der gegen das Ausschlagungsrecht der Erben geltend gemacht wird, ist der, daß die rückwirkende Ausschlagung der den überlebenden Ehegatten gemachten Zuwendungen durch die Erben aus dem gemeinschaftlichen Testament den Erwerb dieser Zuwendungen durch den Ueberlebenden und damit ihre Erbfolge in diesen Erwerb und auch ihre Ausschlagungsbefugnis hinfällig mache[1]). Es wird aber dabei übersehen, daß § 1953 Abs. 1 BGB. eine Fiktion enthält, nämlich die, daß der Ausschlagende die Erbschaft nie erworben hat. Man kann nun daraus folgern, daß er nie das Recht der Ausschlagung gehabt hätte. Es erscheint u. E. aber nicht notwendig, den Grundsatz der Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts für unseren Fall zu durchbrechen. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, wie weiter eingewendet wird[2]), wer ausschlagungsberechtigter Erbe ist. Dies gilt vor allen Dingen dann, wenn ein Vermächtnis oder eine Auflage aufgehoben worden ist. Ausschlagungsberechtigt sind dann nur die Erben des Ueberlebenden.

Wegen des Falles der Erbeinsetzung muß folgendes gelten: das aufhebende Testament des Ueberlebenden ist im Zeitpunkt seines Todes noch unwirksam, insofern es korrespektive Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments betrifft. Die in ihm eingesetzten Erben können also nicht zur Ausschlagung berechtigt sein. Erbe ist nur der im gemeinschaftlichen Testament Bedachte. Abgesehen von der rechtlichen Seite ist es auch leicht erklärlich, wenn nur der durch das gemeinschaftliche Testament berufene Erbe das Recht der Ausschlagung ausübt und nicht jemand, der von einem Ehegatten allein

1) Planck, IV, 1 a zu § 2271. RGRKom. IV, zu § 2271.
2) So Mattes, S. 55.

ohne Wissen des anderen eingesetzt ist. Außerdem haben die Erben aus dem gemeinschaftlichen Testament allein einen Rechtsverlust, wenn sie durch Ausübung ihres Ausschlagungsrechtes die aufhebende Verfügung wirksam machen. Man würde auch nicht den letzten Willen des Erblassers respektieren, wenn man ein Ausschlagungsrecht der Erben überhaupt ablehnen wollte[1]). Es ist wohl aus der aufhebenden Verfügung des Ueberlebenden die Absicht zu entnehmen, daß er die korrespektiven Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments widerrufen und auf die Zuwendungen aus den wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten verzichten wollte.

Strohal[2]) will die korrespektiven Verfügungen des Letztverstorbenen auch ohne Ausschlagung durch die Erben als aufgehoben ansehen und damit auch diejenigen des anderen Gatten hinfällig werden lassen, wenn er ohne Ausschlagung stirbt, aber in einem neuen Testament einen anderen als den im korrespektiven Testament bestimmten Erben eingesetzt hat. Diese Ansicht kann u. E. nicht geteilt werden. Es ist zu weitgehend und auch nicht notwendig, das gesetzliche Erfordernis der Ausschlagung nicht zu beachten.

Die Ausschlagung muß frist- und formgerecht erfolgen (§§ 1944, 1945 BGB.). Hat der Ueberlebende die Zuwendung angenommen, oder hat er die Ausschlagungsfrist verstreichen lassen, so kann er nicht mehr ausschlagen. § 1943 BGB. bestimmt, daß nach Ablauf der Ausschlagungsfrist die Erbschaft als angenommen gilt. Die Ausschlagung geschieht durch Erklärung in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1945 Abs. 1 BGB.). Sie kann auch durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden (§ 1945 Abs. 2 BGB.). Die Bevollmächtigung muß die ausdrückliche Befugnis zur Aus-

---

1) So auch Martens, a.a.O., S. 47; Zetzsche, a.a.O., S. 65; a. A.: Bruy, a.a.O., S. 30; Mattes, S. 55; Kagermann, a.a.O., S. 28.

2) Strohal, a.a.O., § 43a S. 340.

schlagung enthalten und bedarf der öffentlichen Beglaubigung (§ 1945 Abs. 2 Satz 1 BGB.),

Die Ausschlagung eines Vermächtnisses erfolgt nach § 2180 Abs. 2 Satz 1 BGB. durch formlose Erklärung gegenüber dem Beschwerten; eine Frist dafür ist nicht bestimmt. Die Ausschlagung ist aber auch hier nicht mehr möglich, wenn der überlebende Ehegatte angenommen hat (§ 2180 Abs. 1 BGB.).

Für geschäftsunfähige und beschränkt geschäftsfähige Erben gibt der gesetzliche Vertreter die Ausschlagungserklärung ab. Wenn dieser die Ausschlagung versäumt, so ist eine Ausschlagung nicht mehr möglich, wenn auch der Geschäftsunfähige, bezw. beschränkt Geschäftsfähige später die Geschäftsfähigkeit wieder erlangt.

Die Aufhebung der Verfügungen kann in den gewöhnlichen Widerrufsformen (§§ 2254, 2255 und 2258 BGB.) und durch Erbvertrag erfolgen (§ 2289 BGB.). Die neue Verfügung braucht einen positiven Inhalt nicht zu haben, negative Testierfähigkeit des Widerrufenden genügt[1]) (§ 2253 Abs. 2 BGB.) Cosack[2]) zog aus seiner früheren Auffassung, daß Aufhebung nur durch ein neues Testament abweichenden Inhalts möglich sei, die Folgerung, daß die negative Testierfähigkeit nicht ausreiche. Das Wort Aufhebung ist aber hier im weiteren Sinne gebraucht als in der Ueberschrift des siebenten Titels des 3. Abschnittes des Erbrechts und in § 2255 BGB. Es muß demnach auch die Form des § 2255 BGB, zulässig sein. Eine Aufhebung nach § 2256 BGB. ist allerdings nicht möglich[3]).

Die aufhebende Verfügung kann zeitlich auch schon vor der Ausschlagung liegen; das Gesetz verlangt nicht, daß die Ausschlagung der Aufhebung vorhergehe. Dies läßt sich auch aus der Tatsache entnehmen, daß der Ausschlagung rückwirkende Kraft innewohnt (§§ 1953, 2180

1) Planck, IV, 1c zu § 2271; Strohal, a.a.O., S. 337 Anm. 22.
2) So Cosack, 1/2. Aufl., S. 645. A. M.: 7/8, Aufl., 1924, S. 320.
3) Planck, IV 1c zu § 2271.

Abs. 3 BGB.). Sogar der an sich unwirksame, einseitige Widerruf, der zu Lebzeiten des anderen Ehegatten erfolgt ist, kann durch die Ausschlagung des Ueberlebenden wirksam werden. Ein vor dem Tod des anderen Ehegatten errichtetes einseitiges Testament tritt z. B. durch die Ausschlagung in Kraft.

d) In den Fällen der §§ 2271 Abs. 2, Satz 2, 2294, 2336, 2271 Abs. 3 BGB.

In zwei Sonderfällen kann der Ueberlebende auch nach der Annahme des ihm Zugewendeten noch beschränkende Anordnungen bezüglich des Testaments treffen. Es liegt hier kein Widerruf im eigentlichen Sinne vor, weil die Zustimmung des Verstorbenen zu der Aufhebung der korrespektiven Verfügungen vorausgesetzt wird.

Der überlebende Ehegatte kann zunächst seine Verfügungen zu Gunsten eines Bedachten aufheben, wenn dieser sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen würde (§§ 2271 Abs. 2 Satz 2, § 2294 BGB.). Ein Dritter wird hier wie ein Pflichtteilsberechtigter behandelt. Es werden nur Verfehlungen berücksichtigt, die n a c h dem Tode des Erstverstorbenen sich ereignen oder bekannt werden. Diese Vorschrift hat eine Parallele in dem § 2297 BGB., sie ist aus der Praxis und Theorie des preußischen Rechts übernommen[1]). Das ALR. hatte allerdings keine ausdrückliche derartige Bestimmung.

Die Berechtigung zur Aufhebung erstreckt sich nur auf die Verfügungen zu Gunsten desjenigen Dritten, der sich der Verfehlung schuldig gemacht hat. Der Ueberlebende kann nur die eigenen Verfügungen, nicht auch die des Verstorbenen an den Dritten, aufheben. Die dem Ueberlebenden gemachten Zuwendungen bleiben von der Aufhebung selbstverständlich unberührt[2]). Es ist aber ohne Bedeutung, ob die Zuwendungen an den Dritten

1) Dernburg, Preuß. Priv.Recht, III, § 184 Anm. 19; RGZ. 22/276.
2) RGRKomm. S. 328 Anm. 5; Mattes, a.a.O., S. 62.

allein von dem Ueberlebenden gemacht worden sind oder ob eine Gesamtverfügung im Sinne des § 2269 BGB. (des Verstorbenen und des Ueberlebenden) vorlag [1]).

Hinsichtlich der Gründe, die zur Aufhebung der Verfügungen berechtigen, ist zu unterscheiden:

1. der Bedachte ist ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Verstorbenen oder Ueberlebenden. Es kann dann die Aufhebung nach § 2333 BGB. erfolgen, wenn der Abkömmling:
   a) dem überlebenden Ehegatten oder einem seiner Abkömmlinge nach dem Leben trachtet,
   b) den überlebenden Ehegatten vorsätzlich mißhandelt,
   c) ein Verbrechen oder schweres vorsätzliches Vergehen gegen den überlebenden Ehegatten begeht,
   d) die gesetzliche Unterhaltspflicht gegenüber dem Ueberlebenden böswillig verletzt (§§ 1601 ff. BGB.),
   e) einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt.

Nach § 2294 BGB. finden diese Vorschriften auch auf Bedachte Anwendung, die nicht pflichtteilsberechtigt sind.

2. Der Bedachte ist ein pflichtteilsberechtigter Elternteil des verstorbenen oder überlebenden Ehegatten. Es gibt in diesem Falle § 2334 BGB. dem Ueberlebenden das Recht, bei den Verfehlungen des Elternteils nach a) c) d) seine Verfügungen aufzuheben.
3. Der Ueberlebende hat mit einem bedachten Dritten die Ehe geschlossen. Er kann nach § 2335 BGB. seine Verfügungen aufheben, wenn der Bedachte:
   a) Ehebruch begeht, eine Doppelehe schließt oder widernatürliche Unzucht treibt (§ 1565 BGB.),
   b) ihm nach dem Leben trachtet (§ 1566 BGB.),
   c) ihn böswillig verläßt (§ 1567 BGB.),
   d) durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des

1) Planck, IV zu § 2271; Strohal, § 43a Anm. 38; Meyer, a.aO., S. 57 Anm. 58.

ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ueberlebenden die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann (§ 1568 BGB.).

Im Gesetz sind nur die Verfehlungen gegenüber dem Ueberlebenden erwähnt. Der Erblasser wird aber auch durch diejenigen Angriffe mit betroffen, die gegen den verstorbenen Ehegatten gerichtet waren; er kann also auch bei Vorliegen eines solchen Falles seine Verfügungen zu Gunsten des Bedachten aufheben, wenn dieser z. B. dem Verstorbenen nach dem Leben getrachtet hat (§ 2338 Ziff. 1—3 BGB.).

Die Aufhebung kann in der Form des Testaments oder in einem Erbvertrag erfolgen, im letzten Falle jedoch nur als einseitige, frei widerrufliche Verfügung (§§ 2336 Abs. 1 2299 Abs. 1, 2 BGB.). Nach § 2336 Abs. 2 BGB. muß der Grund der Aufhebung in der aufhebenden Verfügung angegeben werden und zur Zeit der Errichtung des Testamentes noch bestehen. Der Grund der Aufhebung ist von demjenigen zu beweisen, der die Aufhebung geltend macht (§ 2336 Abs. 3 BGB.). Wenn kein positives Testament errichtet wird, so tritt gesetzliche Erbfolge ein. Ist die Aufhebung wieder aufgehoben, so wird die ursprüngliche korrespektive Verfügung wieder wirksam. Ebenso ist die Rechtslage, wenn der Bedachte einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führte, aber bei dem Tode des überlebenden Ehegatten sich dauernd von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel abgewendet hat (§ 2336 Abs. 4 BGB.).

Das Recht zur Aufhebung erlischt durch Verzeihung, eine bereits erfolgte Aufhebung wird durch Verzeihung unwirksam (§ 2337 Satz 1, Satz 2 BGB.), § 2271 Abs. 2 Satz 2 erklärt zwar § 2337 BGB., in dem die Verzeihung im Pflichtteilsrecht geregelt wird, nicht ausdrücklich für anwendbar, aber die Anwendbarkeit ergibt sich daraus, daß dem Ueberlebenden das Recht zur Aufhebung seiner Verfügungen nach § 2271 Abs. 2 Satz 2 nur zusteht, wenn er zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt ist; diese

Voraussetzung fehlt aber, wenn er dem Bedachten verziehen hat[1]). Endlich kann der überlebende Ehegatte die Verfügung nicht aufheben, wenn ihm die Verfehlung bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes bekannt gewesen ist; denn wenn er den Dritten trotz Kenntnis von der Verfehlung bedacht hat, dann hat er ihm, wenigstens im Regelfalle, damit verziehen[2]).

Aus dem Wortlaut des § 2271 Abs. 2 Satz 2 BGB. kann nicht etwa gefolgert werden, daß der Ueberlebende seine Verfügung zu Gunsten des Bedachten nur nach der Annahme der Zuwendung aufheben könne. Es muß hier vielmehr heißen: „Trotz der Annahme", sodaß die Aufhebungsberechtigung von der Annahme nicht abhängig gemacht ist.

Der zweite Fall, in dem der Ueberlebende trotz der Annahme des ihm Zugewendeten seine Verfügungen aufheben kann, ist bei der sogen. Enterbung in guter Absicht gegeben. § 2271 Abs. 3 BGB. überträgt die Vorschriften über Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht auf diejenige Zuwendung, die in einem korrespektiven Testament einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling der Ehegatten oder des einen Gatten gemacht wurde. Diese Bestimmung verweist auf § 2289 Abs. 2 BGB. und damit auf § 2338 BGB. Der Erblasser hat dann, wenn sich der Abkömmling der Verschwendung ergeben hat, bezw. derart überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb gefährdet erscheint, das Recht, das Pflichtteilsrecht des Bedachten durch einzelne Anordnungen zu beschränken. Diese Anordnungen sind in § 2338 Abs. 1 BGB. angegeben. Der Ueberlebende kann darnach:

a) die gesetzlichen Erben des Bedachten als Nacherben einsetzen (§ 2338 Abs. 1 Satz 1 BGB.),
b) die gesetzlichen Erben als Nachvermächtnisnehmer berufen (§ 2338 Abs. 1 Satz 1 BGB,)

---

1) Strohal, § 46, III, 2 Anm. 42; § 46, III, 3 Anm. 47; Mattes, a.a.O., S. 61; Meyer, a.a.O., S. 58.

2) Mattes, a.a.O., S. 61.

c) für die Lebenszeit des Bedachten die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen. Der Bedachte hat in diesem Fall Anspruch auf den Reinertrag (§ 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

Die Anordnungen können entweder allein oder auch in Verbindung miteinander getroffen werden[1]).

Die wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten werden dadurch nicht berührt[2]). Der Ueberlebende kann aber nur seine eigene Verfügung, nicht auch die des anderen Ehegatten, in dieser Weise abändern.

Die Anordnungen können sich sowohl auf das dem Bedachten Hinterlassene als auch auf den Pflichtteilsanspruch beziehen. Andere Maßnahmen als die genannten können von dem Ueberlebenden nicht getroffen werden. Es darf also z. B. auch nicht der Pflichtteilsbetrag gekürzt werden[3]).

Jeder der beiden Ehegatten kann diese Anordnungen treffen, es macht keinen Unterschied, ob sie sich gegen einen eigenen Abkömmling oder den des anderen Ehegatten richten. Es muß aber eine Zuwendung vorliegen, die der betreffende Ehegatte dem Abkömmling gemacht hat.

Durch die Bestimmungen des § 2338 Abs. 1 BGB. soll jedoch dem Bedachten die Zuwendung nicht entzogen werden; sie dienen vielmehr dem Schutze des verschwenderischen oder überschuldeten Abkömmlings[4]).

Die Anordnungen werden nicht in der Form des Widerrufs, sondern durch letztwillige Verfügungen nach § 2336 Abs. 1 BGB. getroffen. Der Grund, der zur Anordnung berechtigt, muß zur Zeit der Errichtung der Verfügung bestehen und in derselben angegeben werden (§ 2336 Abs. 2 BGB.). Beweisen muß den Grund der-

---

1) Prot. Bd. V, S. 570.

2) RGRKom. S. 328, Anm. 6; Staudinger-Herzfelder, III B, 3 zu § 2271; Warneyer, § 2271, 1; Meyer, a.a.O., S. 58.

3) RG., Recht, 1914 Nr. 645.

4) Denkschrift, S. 455.

jenige, welcher sich auf die Anordnung beruft (§ 2338 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 2336 Abs. 3 BGB.).

Die Anordnungen können schon zu Lebzeiten der Erblasser getroffen werden. Abs. 3 des § 2271 BGB. bezieht sich auch auf den Absatz 1 des Paragraphen, in dem von dem Widerruf wechselseitiger Verfügungen bei Lebzeiten der Ehegatten die Rede ist, nicht nur auf Abs. 2, der die Regelung der Aufhebung solcher Verfügungen nach dem Tode eines Ehegatten enthält. Er verweist ferner auf § 2289 Abs. 2 BGB., nicht unmittelbar auf § 2338 BGB. § 2289 erwähnt aber nur eine spätere letztwillige Verfügung, welche nicht notwendig nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten errichtet werden muß.

Hat der Bedachte sich zur Zeit des Todes des überlebenden Ehegatten dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet oder besteht die den Grund der Anordnung bildende Ueberschuldung nicht mehr, so sind die Anordnungen unwirksam (§ 2338 Abs. 2 Satz 2 BGB.).

Eine Verzeihung nach § 2337 BGB. ist hier nicht möglich, weil die Enterbung in guter Absicht nicht wegen einer Verfehlung gegen den Erblasser erfolgt.

IV. Selbständiges Anfechtungsrecht des Ueberlebenden.

Außer in den genannten Fällen ist der Ueberlebende nach der Annahme der Zuwendung, bezw. nach dem Ablauf der Ausschlagungsfrist an seine im korrespektiven Testament enthaltenen Verfügungen gebunden. Es ist nun zu untersuchen, ob der überlebende Ehegatte die korrespektiven Verfügungen selbständig anfechten kann.

Einigkeit herrscht in der Wissenschaft darüber, daß für ein Anfechtungsrecht der Erblasser zu Lebzeiten beider Ehegatten kein Bedürfnis vorliegt. Das Widerrufsrecht, das dem Erblasser jederzeit zur Verfügung steht, ist stärker als das Anfechtungsrecht.

Ganz anders aber ist die Rechtslage nach dem Tode des einen Ehegatten. Der Ueberlebende ist auch bei Vor-

liegen der Gründe der §§ 2078/79 BGB. an seine korrespektiven Verfügungen gebundeu. Dies würde z. B. zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, daß der Ueberlebende nicht anderweitig bezüglich seiner korrespektiven Verfügungen testieren kann, obwohl er annehmen muß, daß das gemeinschaftliche Testament durch die Wiederverheiratung hinfällig werden wird. Es ergibt sich schon aus diesem praktisch häufigen Fall die Notwendigkeit, den Ueberlebenden unter gewissen Voraussetzungen von der Bindung an seine Verfügungen zu befreien.

Es ist nun zu prüfen, auf welche Bestimmungen der Ueberlebende seine Anfechtung stützen kann.

Auf Grund der §§ 2078 ff. kann er nicht anfechten. Der Wortlaut des § 2080 Abs. 1 BGB. könnte vielleicht dazu verleiten, die Vorschrift auf den Testator anzuwenden. Aus der Geschichte des BGB.[1]) geht aber mit Sicherheit hervor, daß sich diese Paragraphen nicht auf den Erblasser beziehen sollen. Das ergibt sich auch aus folgender Erwägung: wenn die allgemeinen Bestimmungen über letztwillige Verfügungen ein Anfechtungsrecht des Erblassers hätten geben wollen, so wäre § 2281 BGB. überflüssig gewesen, da nach § 2279 BGB. die Vorschriften über letztwillige Verfügungen auf vertragsmäßige Zuwendungen Anwendung finden.

Ebenso kann der überlebende Ehegatte seine Anfechtung mit den §§ 119 ff. BGB. begründen. Es ist hier zwar der Irrende bezw. unter Drohung Handelnde zugleich auch der Anfechtungsberechtigte (§§ 119, 123 BGB.), aber es fehlt an einem Anfechtungsgegner. Bei einem einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäft, wie dem gemeinschaftlichen Testament, ist Anfechtungsgegner derjenige, welcher auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat (§ 143 Abs. 4 Satz 1 BGB.). Wenn aber der Erblasser noch lebt, so hat noch niemand einen rechtlichen Vorteil erlangt. Abgesehen davon ist eine Anfechtung des Erblassers aus

1) Entw. I, § 1784 und Mugdan, V, S. 540—47.

§ 119 BGB. vom Gesetzgeber nicht gewollt[1]). Außerdem erkennt der § 119 BGB. den Irrtum im Motiv nicht als Anfechtungsgrund an, der im Falle der §§ 2078 Abs. 2 und 2079 BGB. vorliegt.

Es käme demnach für ein Anfechtungsrecht des Ueberlebenden nur eine analoge Anwendung der §§ 2281 ff. BGB. in Betracht. Schon die Motive[2]) weisen auf die Möglichkeit der analogen Anwendung von Rechtssätzen hin. Bei der Aehnlichkeit, welche die Institute des Erbvertrages und des korrespektiven Testaments nach der Annahme der Zuwendung zeigen, ist es wohl angebracht, die §§ 2281 ff. BGB. analog auf das korrespektive Testament anzuwenden. Diese Meinung wird von den meisten Autoren[3]) vertreten. Auch das Reichsgericht[4]) teilt diesen Standpunkt. Der Erbvertrag hat in gewisser Weise als Vorbild für das korrespektive Testament gedient, wie aus den Protokollen[5]) hervorgeht. Ferner sprechen historische Gründe für eine analoge Anwendung der §§ 2281 ff. BGB. Beide Institute sind auf derselben Basis erwachsen. Die ältere Praxis trennte das gemeinschaftliche Testament und den Erbvertrag nicht scharf[6]). Schließlich hängt es im Rechtsleben mehr oder weniger vom Zufall ab, welches von beiden Instituten vom Publikum gewählt wird; die Bezeichnung ist deshalb nicht so maßgebend. Vor allem aber wird der Gesetzgeber nicht beabsichtigt haben, den Erblasser eines gemeinschaftlichen Testaments im Falle des § 2271 BGB. stärker zu binden als bei einem Erbvertrag. Der Ueberlebende im Falle eines korrespektiven Testaments soll nicht mehr eingeengt werden als durch

1) Mot. V zu § 1784, S. 55 ff.

2) Mot. I S. 16.

3) Staudinger-Herzf., §§ 2270/71 Bem. V.; Kipp S. 113; Planck, § 2271 Bem. IV 3d und VIII; Strohal § 43 S. 338; Endemann Bd. III, S. 503; RGRKom. § 2271, 6 Leonhard § 2271 IV d; Kretzschmar, § 2271 IV d; Kretzschmar, § 48 Nr. VII.

4) RGZ. 77/167; 87/98; 132/4.

5) Prot. V, S. 443 f.

6) RGZ. 41/168.

eine vertragliche Bindung, wie es der Erbvertrag ist, der im Prinzip dem gemeinschaftlichen Testament gegenüber ein maius an Bindung darstellt. Wenn von den Gegnern[1]) der analogen Anwendung des § 2281 BGB. vorgebracht wird, die Ehegatten wollten ihre Verfügung nach Testaments-, nicht nach Erbvertragsrecht behandelt wissen, so ist u. E. ein solcher Wille wohl kaum aus dem Testament herauszulesen, bezw. ihm zu unterstellen. Auch der formale Grund des Fehlens eines Anfechtungsgegners kann nicht durchschlagend genug sein, einer von fast der gesamten Literatur und Rechtsprechung vertretenen Erkenntnis gegenüber zu bestehen. Beim Erbvertrag fehlt es im Falle des § 2281 Abs. 2 gleichfalls an einem Anfechtungsgegner, es tritt hier an dessen Stelle das Nachlaßgericht, das für den Todesfall des Erstverstorbenen zuständig ist. Kagermann[2]) betont ganz besonders das zwischen den Ehegatten bestehende Treueverhältnis, auf welches die Bindung zurückzuführen ist. Die Unwiderruflichkeit beruhe auf sittlichen Gründen. Eine Anfechtung sei daher ausgeschlossen. Er gibt außerdem Mantey[3]) Recht, wenn dieser sagt, daß der Ueberlebende bei einem gemeinschaftlichen Testament häufig viel enger gebunden sei als ein Vertragserblasser. Dies ist aber, wie oben schon erwähnt, abzulehnen. Wenn ferner angeführt wird, der Gesetzgeber hätte eine ausdrückliche Bestimmung geschaffen, wenn er die Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testamentes gewünscht hätte, so ist zu entgegnen, daß die Motive[4]) selbst vorschlagen, den Weg des Gesetzes — bezw. Rechtsanalogie zu gehen, wenn ein ähnlich gelagerter Fall wie der im Gesetz geregelte vorliegt. Es ist Endemanns[5]) Forderung zu unterstützen, der die „lükkenhafte und unvollkommene Ordnung des gemeinschaft-

1) Kagermann, a.a.O., S. 42ff.; Mantey in Gruch. Bd. 52, S. 384ff.

2) Kagermann, a.a.O., S. 42ff.

3) Mantey in Gruchot, Bd. 52 S. 390 „Zwei erbrechtliche Fragen".

4) Mot. Bd. I, S. 16.

5) Endemann, a.a.O., § 63 VII a, § 66, IV b.

lichen Testament, das durch die spätere Einführung in den E II erklärlich wird", ausgleichen will. Wenn schließlich Kagermann[1]) die Befürworter des Anfechtungsrechts verdächtigt, „daß sie das Institut mit vertraglichen Elementen durchsetzen wollen", so ist sein Argwohn unbegründet. Das gemeinschaftliche Testament bleibt Testament und wird kein „undefinierbares Mittelding", auch wenn man dem Ueberlebenden das Anfechtungsrecht gibt.

Wenn man dem Erblasser das Recht zugesteht, das gemeinschaftliche Testament anzufechten, so muß man logischerweise auch die anderen Bestimmungen über die Anfechtungen von Erbverträgen auf das gemeinschaftliche Testament anwenden, insbesondere den § 2282 BGB., der höchstpersönliche Anfechtung erfordert (Abs. 1) und für die Anfechtungserklärung gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt (Abs. 3). Es ist also gemäß § 2281 BGB., Abs. 2 Satz 1 die Anfechtung dem Nachlaßgericht gegenüber zu erklären. Dieses hat dann den Bedachten von der erfolgten Anfechtung in Kenntnis zu setzen (§ 2281 Abs. 2 Satz 2 BGB.). Die erfolgreich angefochtenen Verfügungen sind als von Anfang an nichtig zu betrachten[2]).

Zur Vermeidung der sich aus dieser Auseinandersetzung ergebenden Schwierigkeiten empfiehlt es sich für die Ehegatten, so zu testieren, daß der Ueberlebende bezüglich des Nachlasses des zuerst Verstorbenen nur die Stellung eines befreiten Vorerben einnimmt und daß als Fall der Nacherbfolge auch die Wiederverheiratung des Ueberlebenden eingesetzt wird. Der Nachlaß des Verstorbenen würde dann beim Eintritt dieses Falles nach dem Verhältnis der gesetzlichen Erbfolge zwischen dem Ehegatten und dem Abkömmlingen der ersten Ehe zu verteilen sein[3]). Eine weitere Lösung wäre die, daß die Erblasser nach § 2269 Abs. 1 BGB. testieren, aber für

1) Kagermann, a.a.O., S. 42ff.

2) So auch RGZ. 77/165; Kipp, a.a.O. § 28 III S. 114.

3) Vgl. das Muster bei Jastrow, Teil 2, S. 260ff.; Maerker, a.a.O., S. 189ff.; Meyer, a.a.O. S. 52.

den Fall der Wiederverheiratung des Ueberlebenden jedem Kind der ersten Ehe ein sofort zu zahlendes Vermächtnis im Werte seines gesetzlichen Anteils am Nachlaß des zuerst Versterbenden aussetzen[1]).

1) S. das Muster 159a bei Jastrow, Teil 2, S. 260ff.; ders. in ZDNV. 1906, S. 99f.